

## A POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA

### THE POSSIBILITY OF ARRESTMENT IMMEDIATELY AFTER THE JUDICIAL REVIEW: AN ANALYSIS OF PRINCIPLES

*Renata Torri Saldanha*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho discorre sobre a possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância com base em uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico brasileiro e diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

**Palavras-chave:** Recurso; prisão; STF.

**ABSTRACT:** This article discuss the possibility of arrest immediately after the judicial review of the decision with an interpretation based in principles of the Brazilian system of justice and the position of the Supreme Court.

**Keywords:** Judicial review; arrest; Supreme Court.

**Sumário:** 1 Introdução - 2 Hermenêutica jurídica - 3 Hermenêuticas constitucional - 4 Os princípios constitucionais e o Direito Penal - 5 O princípio do duplo grau de jurisdição – 6 Conclusão – Referências.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2013). Especialista em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, com ênfase em processo penal (2014). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Brasileira de Direito Aplicado (2015). Aluna de Mestrado em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, na linha de filosofia moderna e contemporânea, com projeto de pesquisa sobre a fundamentação ético-filosófico da Justiça Restaurativa (2016-2018). Aluna de Especialização em Direito Sistemico pela Faculdade Inovare (2016-2018). Assessora Jurídica na Vara de Família da Comarca de Toledo/PR. Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal na UNIPAR. Contato: renatatorrisaldanha@gmail.com

## A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica

### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a possibilidade de prisão em segunda instância com base em regras da hermenêutica jurídica e em uma interpretação principiológica.

Em um primeiro momento, são analisados os métodos de interpretação da lei, considerando que devido a sua natureza, a lei nem sempre se adequa à realidade.

Em um segundo momento, é estudada a interpretação com base na Constituição, vez que, por ser a Constituição a norma suprema de um país, possui especificidades, como superioridade hierárquica e uma linguagem mais aberta.

Na terceira parte do trabalho, são analisados os princípios na área penal e processual penal, inclusive com fundamento na própria Constituição. Em seguida, o estudo dos princípios é afunilado para o princípio do duplo grau de jurisdição para o início do debate sobre a possibilidade da prisão após o julgamento do recurso em segunda instância.

Nesse contexto, é realizada a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como o recente julgamento do *habeas corpus* impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a reanálise do tema pela corte constitucional.

Nas considerações finais é feita a ponderação entre os princípios em jogo para a discussão da questão, concluindo-se pela possibilidade da prisão após o julgamento em segundo grau, sem qualquer desrespeito à Constituição Federal.

### 2 HERMENÊUTICA JURÍDICA

O Direito é entendido como um conjunto de normas destinadas a regular os diversos aspectos da vida em sociedade. Assim, existem normas que tratam de relações sucessórias, trabalhistas, cíveis, administrativas, tributárias, comerciais, penais, etc.

Contudo, considerando a rapidez com que a sociedade evolui, a velocidade da informação, os avanços da ciência, o Direito não possui a capacidade de prever e regular todas as situações cotidianas. Além disso, muitas vezes a norma não possui um significado bem delimitado, sendo ambígua e vaga. Outras vezes, existem lacunas na própria lei, seja por falha ou por interesse.

O próprio legislador, ciente dessas dificuldades, já antecipou critérios para a interpretação da norma. Nesse sentido, o artigo 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Em complemento, o artigo 5º da mesma lei, prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Por isso, a interpretação tem função essencial no Direito. Em última análise, a interpretação busca a efetividade do ordenamento jurídico:

Na lição de Carlos Maximiliano, a hermenêutica jurídica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Por outro lado, interpretar significa “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”. O ato de interpretar necessariamente precede a aplicação. A aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto (mundo do “ser”) em uma norma jurídica (mundo do “dever ser”) adequada. Desta forma, a diferença entre hermenêutica, interpretação e aplicação pode ser sintetizada no seguinte: “Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão da expressão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido”. Um quarto conceito importante na seara da interpretação do direito é o da construção. A lei, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil, se utiliza de palavras e expressões vagas e princípios gerais, tais como, isonomia, função social, dignidade da pessoa humana, legalidade etc. Isto ocorre para que se possa atingir situações que não foram expressamente previstas ou protegidas pelo texto. Assim, “a interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados” (NISHIYAMA, 2017, p. 79).

A hermenêutica jurídica trata, assim, dos diversos critérios de interpretação das normas. Nesse sentido, Paulo Nader elenca que o intérprete pode se valer de vários elementos técnicos para compreender a norma jurídica, como o elemento gramatical (literal ou filológico), o lógico, o histórico, o sistemático e o teleológico, conforme o caso recomendar (NADER, 2014, p. 255).

Todavia, como a interpretação da norma jurídica pode gerar várias soluções distintas, por uma questão de coerência, esses critérios jamais devem ser utilizados de maneira isolada. Quanto mais elementos combinados, maior certeza sobre o sentido da norma.

### A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica

A interpretação quanto ao sujeito se subdivide em autêntica/legislativa (o sentido é dado pela própria lei), doutrinária/científica (o sentido é dado por estudiosos) e jurisprudencial (o sentido é dado pelos tribunais).

Já a interpretação quanto ao resultado cinge-se em declarativa (a letra da lei corresponde exatamente àquilo que o legislador quis dizer), extensiva (o alcance da palavra é ampliado para que corresponda à vontade do texto) e restritiva (o alcance da palavra é reduzido para que corresponda à vontade do texto).

A interpretação quanto ao modo pode ser gramatical/literal, teleológica, histórica ou sistemática. A interpretação gramatical, como o próprio nome já diz, revela o conteúdo semântico das palavras. Por consequência, é o momento inicial do processo interpretativo, sobretudo por questões de segurança jurídica (NADER, 2014, p. 255).

Dessa forma, o exegeta deve partir da premissa de que todas as palavras possuem sentido e funções próprias, não havendo palavras supérfluas. Contudo, o processo meramente literal, por vezes, é insuficiente, sendo muito restritivo. Assim, outro critério orientador da atividade de interpretação é o teleológico.

A interpretação teleológica busca a finalidade da norma, ou seja, a *mens legis*, as razões que determinaram a edição da norma, o valor ou o bem jurídico visado com a edição da lei, a vontade objetivada na norma. Conforme visto, a interpretação teleológica é inclusive priorizada por nosso ordenamento jurídico, na medida em que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro dispõe expressamente que o juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se destina.

A interpretação histórica diz respeito à análise do período em que a lei foi editada. Conforme visto, a sociedade está em constante mudança e o Direito, de forma gradativa, acompanha essas mudanças. Dessa forma, a interpretação histórica olha a circunstância histórica que gerou o nascimento da lei.

Por fim, a interpretação sistemática enxerga o ordenamento jurídico como um todo, busca a unidade do ordenamento jurídico. Por tal princípio, é impossível a aplicação de um único dispositivo de maneira isolada.

Dessa forma, a função do intérprete é, sem dúvida, essencial ao Direito. O Direito, assim, deve ser visto como um todo, como um corpo que se movimenta, se comunica, se interconecta, inter-relaciona-se. O Direito é uma força viva.

### 3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Pensando nessa ideia de unidade é que a Constituição representa o pilar unificador de todo o Direito, a viga mestra de todo o ordenamento jurídico. Na realidade, o Direito Constitucional “configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política” (SILVA, 2007, p. 34).

Justamente pela Constituição trazer normas básicas de estruturação da sociedade e do Estado, ela é dotada de supremacia e, portanto, subordina todas as demais leis e atos jurídicos. A Constituição é a norma superior.

Na realidade, o sentimento constitucional tem uma forte carga histórica e cultural. Assim, o Direito também é luta. A essência do constitucionalismo é a busca do homem político pela limitação do poder. Por isso, no pano de fundo de uma Constituição estão presentes sempre elementos políticos, sociais e até mesmo filosóficos.

A política e o Direito acabam entrelaçados na Constituição, de tal modo que a Constituição torna as decisões políticas normas jurídicas supremas. Como na Constituição está toda a legitimidade do poder, o constitucionalismo representa, no fundo, uma teoria normativa da política. A esse respeito, a lição de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (2003, p. 51).

Assim, tudo o que é jurídico ou político passa a ser filtrado pela Constituição. Como a Constituição também é norma jurídica, ela também está sujeita a falhas e sobre ela também incide um processo interpretativo. Contudo, as normas constitucionais têm especificidades e características peculiares que as diferenciam das demais normas jurídicas, pois a Constituição é dotada de superioridade hierárquica, conteúdo específico, caráter político, além de uma linguagem mais aberta, mais principiológica, mais abstrata.

### **A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

Pedro Lenza elenca que os princípios que orientam a interpretação da Constituição são o princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador, o princípio da máxima efetividade, o princípio da justeza ou da conformidade funcional, o princípio da concordância prática ou harmonização, o princípio da força normativa, o princípio da interpretação conforme a Constituição e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (2010, p. 135-138)<sup>2</sup>.

O princípio da unidade da Constituição remete a ideia da interpretação sistemática, de enxergar o ordenamento jurídico como um todo, em que na Constituição está a unidade e que as normas constitucionais não podem ser analisadas de maneira isolada, pois constituem um corpo de preceitos integrados. Nesse sentido:

Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios (CANOTILHO, 2003, p. 226).

O princípio do efeito integrador prevê que as soluções a serem adotadas em caso de conflitos jurídico-constitucionais devem sempre favorecer a integração política e social (CANOTILHO, 2003, p. 227). Dessa forma, esse princípio reforça a ideia de uma unidade política e social, já que a Constituição é o principal elemento de integração da sociedade. Mantem-se assim, a coesão sociopolítica.

O princípio da máxima efetividade é utilizado especificamente em relação aos direitos fundamentais, encontrando guarida na própria Constituição. Nesse sentido, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser interpretados com um sentido que lhes confira maior efetividade possível.

Pelo princípio da justeza ou da conformidade funcional, veda-se a interpretação que deturpe o sistema de repartição de funções estabelecidas pela

---

<sup>2</sup> Destaca-se que existem métodos específicos para a interpretação constitucional, os quais não serão objeto de estudo do presente trabalho, que busca uma interpretação principiológica. São eles: método jurídico ou hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método hermenêutico-concretizador, método científico-espiritual, método normativo-estruturante e método da comparação constitucional (LENZA, 2010, p. 132-134).

**Renata Torri Saldanha**

Constituição (LENZA, 2010, p. 136). Ou seja, como a Constituição estabelece as funções a serem desempenhadas por cada poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), cada um desses poderes deve agir conforme a função atribuída pela Carta Magna, sem qualquer subversão desse esquema organizatório funcional.

Nesse aspecto, como se trata de interpretação constitucional, necessário mencionar, desde logo, que em virtude da supremacia da Constituição foi conferida ao Supremo Tribunal Federal (STF) a interpretação monopolizadora da Constituição.

A Constituição prevê, em seu artigo 102, *caput*, primeira parte, que “compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição”. Assim, cabe ao STF a última palavra sobre a interpretação constitucional:

[...] O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. (...) A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA “ÚLTIMA PALAVRA”, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. 2. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos *informais de mutação constitucional*, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. 3. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “*guarda da Constituição*” (CF, art. 102, “*caput*”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do *monopólio da última palavra* em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (STF, MS 26603/DF, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 04/10/2007, publicação DJe 241 de 19/12/2008).

O princípio da concordância prática ou harmonização impõe que diante da colisão entre normas constitucionais o intérprete coordene os bens em conflito, otimizando a relação entre as normas, sem que nenhuma se anule. Esse princípio traz a noção de ponderação:

O princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o

### **A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

sacrifício total de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido, até agora, o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais, e não uma diferença de hierarquia que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos, de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens (CANOTILHO, 2003, p. 228).

O princípio da força normativa da Constituição privilegia a interpretação que torne a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual e maior eficácia (CANOTILHO, 2003, p. 229). Dessa forma, deve ser dada preferência às soluções densificadoras das normas constitucionais, que as tornem mais eficazes e permanentes.

O princípio da interpretação conforme a Constituição estabelece que deve-se privilegiar a interpretação que mais se aproxime da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 229). Ou seja, não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição, sobretudo porque as normas são dotadas de presunção de constitucionalidade.

Além disso, esse princípio consubstancia um mandato de otimização, cabendo a escolha pela norma que mais se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.

Por último, o princípio da proporcionalidade relembra a própria noção de justiça e equidade. Por tal princípio há um controle dos atos comissivos e omissivos dos poderes públicos, proibindo-se o excesso, bem como a proteção deficiente (SARLET, 2013, p. 202-203).

Assim, a Constituição é o local a partir do qual são fixadas as possibilidades de sentido das demais normas, ao mesmo tempo ela é a fonte de validação semântica de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual conclui-se que toda a interpretação jurídica é uma interpretação constitucional.

## **4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUIONAIS E O DIREITO PENAL**

Nesse contexto, consagrada na Constituição, a dignidade da pessoa humana é o fundamento último de todo o ordenamento jurídico, o valor constitucional supremo. A dignidade da pessoa humana é o ponto de ligação entre todos os direitos fundamentais, incluindo-se aqueles previstos no artigo 5º da Constituição.



**Renata Torri Saldanha**

Nesse rol está previsto o princípio da presunção de inocência. O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Sobre esse princípio:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (LIMA, 2011, p. 11).

A essência de tal postulado é a proteção do acusado. Pelo fato de o acusado ser presumido inocente ou não culpado, cabe à acusação o ônus probatório da culpa do réu e não ao réu provar sua inocência. Esse é o desdobramento do princípio da presunção de inocência enquanto regra probatória, que reflete, por sua vez, no reconhecimento de outro princípio, o do *in dubio pro reo*.

Por esse princípio entende-se que “a dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer” (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 70).

Outro desdobramento do princípio da presunção de inocência diz respeito à regra de tratamento, ou seja, nas vedações das prisões processuais automáticas ou obrigatórias e na impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.

Isso não quer dizer que não sejam possíveis medidas cautelares, inclusive prisão, com a finalidade de assegurar a efetividade no processo penal. O que se está a afirmar é que qualquer restrição à liberdade do investigado ou acusado somente é cabível quando for imprescindível.

Apenas para contextualizar, frisa-se que o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que determina quais são os comportamentos humanos nocivos à sociedade que devem ser tipificados como infrações penais, passíveis de pena. Na lição de Aníbal Bruno:

O conjunto das normas jurídicas que regulam a atuação estatal nesse combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos, é o Direito Penal. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções – os dois grupos dos seus componentes essenciais, tipos penais e sanções. É um Direito que se distingue entre os outros pela gravidade das sanções que impõe e a severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada (1967, p. 11-12).

**A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

À medida que a sociedade se torna mais complexa, o Direito Penal vai ser a última opção, a *ultima ratio* (princípio da intervenção mínima). Desse modo, caso o acionamento de outro ramo do Direito seja suficiente para coibir a lesão ou ameaça, não se justifica o uso da severidade do Direito Penal.

Note-se ainda que o Direito Penal, assim como os outros ramos do Direito, deve se harmonizar com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, vez que esta é o seu fundamento de validade.

Outro princípio que orienta a aplicação do Direito Penal é o princípio do *nulla poena sine iudicio*, segundo o qual não é possível a aplicação da pena sem processo anterior. É vedada a aplicação direta da pena, pois o desenvolvimento do processo é uma garantia fundamental da pessoa humana.

Correlacionado com a indispensabilidade do processo está o princípio do devido processo legal. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O processo é meio, instrumento, para se obter a tutela jurisdicional. Dessa forma, o devido processo legal nada mais é do que a conformação do ritual adotado, com a observância inclusive, do contraditório e da ampla defesa:

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. Em se tratando de aplicação da sanção penal, é necessário que a reprimenda pretendida seja submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois *nulla poena sine iudicio*. Mas não é só. A pretensão punitiva deve perfazer-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente, tendo por alicerce provas validamente colhidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 69).

O processo, desse modo, é o meio pelo qual se aplica o Direito Penal. É a garantia de que ninguém será punido sem a prévia formação da culpa em juízo. O processo penal busca assegurar um equilíbrio entre as exigências de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade.

Ao lado do devido processo legal estão também os princípios do contraditório e da ampla defesa, igualmente com amparo no mais alto espaço normativo. O artigo

5º, inciso LV, da Constituição Federal prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório “impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual” (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 58-59).

Assim, o contraditório é a ciência da acusação e, no processo penal, é a possibilidade que se confere ao acusado de conhecer, com exatidão, todo o processo e, desse modo, contrariar a acusação. O contraditório é a oportunidade de fala. Se uma parte pode falar a outra tem o direito de contra argumentar. É a dialética do processo.

Em contrapartida, a ampla defesa é a reação: “se através do contraditório se reconhece a absoluta igualdade entre as partes, será por meio da ampla defesa que tal igualdade ganhará corpo, tornando-se efetiva e palpável” (CUNHA et al, 2006, p. 21).

O acusado, então, pode se valer de todos os meios legais e não proibidos para contraditar a acusação e o advogado deve, necessariamente, contrariar a acusação.

Assim, o processo penal pode ser utilizado como instrumento de manutenção do poder e como um instrumento de freio do detentor do poder, já que a democracia impede o abuso do exercício do poder.

Dessarte, o dilema existencial do processo penal é, de um lado, garantir o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais e, de outro, atingir um sistema processual penal mais eficiente e operante.

## **5 O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**

O último princípio convidado ao debate é o princípio do duplo grau de jurisdição. Embora tal princípio não encontre previsão expressa na Constituição Federal, a leitura de vários dispositivos permite concluir que se trata de princípio constitucional implícito, principalmente na garantia ao devido processo legal (CF, art. 5, LX), no direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5, LV), além do sistema recursal previsto na própria Constituição.

**A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

De acordo com esse princípio, há sempre a possibilidade daquele que se viu prejudicado por uma determinada decisão, dela recorrer, visando o reexame da matéria. Em outras palavras, “esse princípio assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do juízo *a quo* podem ser reapreciadas pelos tribunais” (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 66).

O sistema recursal brasileiro está previsto na própria Constituição. Em caso de julgamento de pessoa sem prerrogativa de foro por crime comum, o processo e julgamento compete à justiça comum estadual (CF, art. 125) ou federal (CF, art. 109), a depender da natureza da infração praticada.

O recurso das decisões proferidas nesses casos é endereçado para o Tribunal de Justiça, no caso de crimes estaduais (CF, art. 125) ou Tribunais Regionais Federais, quando o crime for de competência da Justiça Federal (CF, art. 108).

A composição dos Tribunais de Justiça compete aos Estados organizarem (CF, art. 125). Já a composição do Tribunal Regional Federal está prevista na própria Constituição:

Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira;

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Caso o acusado ainda não se sinta satisfeito com a sentença proferida em grau de recurso, ele ainda pode recorrer ao STJ ou para o STF, por meio de recurso especial ou extraordinário.

O recurso especial, julgado pelo STJ, diz respeito à análise da validade da lei, no caso do acórdão contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (CF, art. 105, inciso III).

Já o recurso extraordinário, de competência do STF, analisa se a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição; declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da

Constituição; ou julga válida lei local contestada em face de lei federal (CF, art. 102, inciso III).

Assim, conclui-se que os recursos endereçados aos tribunais superiores julgam, em regra, matéria de direito. Por isso, firmou-se o entendimento de que a competência recursal do STF e do STJ não pode ser compreendida como desdobramento do princípio do duplo grau de jurisdição. A esse respeito:

O duplo grau de jurisdição pode ser entendido como a possibilidade de um reexame integral da decisão do juízo *a quo* ser confiado a órgão jurisdicional diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.

No ordenamento pátrio, esse duplo grau de jurisdição é exercido, em regra, pelo recurso de apelação, cuja interposição pode devolver ao juízo *ad quem* o conhecimento de toda a matéria de fato e de direito apreciada na instância originária. Outros recursos também materializam o duplo grau de jurisdição. A título de exemplo, o recurso em *habeas corpus* (CF, art. 102, inc. II, 'a', e art. 105, inc. II, 'a') também assegura o duplo grau de jurisdição em relação à decisão denegatória de *habeas corpus* de competência originária de outro tribunal, o mesmo ocorrendo com o recurso ordinário interposto contra decisões da Justiça Federal em relação a crimes políticos, cuja competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, inc. II, 'b').

Os recursos extraordinários, aí incluídos o recurso extraordinário e o recurso especial, não são desdobramentos do duplo grau de jurisdição, não só porque não permitem o reexame pelos Tribunais Superiores da matéria fática e probatória apreciada na instância de origem, mas também porque não se prestam à tutela do interesse das partes, mas sim à tutela da Constituição Federal, no caso do Recurso Extraordinário, e da legislação federal infraconstitucional, no caso do Recurso Especial (LIMA, 2011, p. 75).

Seguindo tal entendimento, o STF em 2016 posicionou-se no sentido de autorizar o início da execução provisória da sentença após o julgamento do primeiro recurso:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, 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. Habeas corpus denegado (STF, HC 644/MT, Relator: Min. GILMAR MENDES, Revisor: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Julgamento: 27/02/2016, Órgão Julgador: Segunda Turma).

Assim, havendo o julgamento em segunda instância, esgotando-se a análise de matéria fático-probatória, é possível concluir que mesmo que não haja convergência de duas instâncias, ou seja, ainda que tenha havido absolvição em

**A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

primeira instância e condenação em segunda instância, a prisão já está autorizada após o julgamento do primeiro recurso.

O STF desde 2012 já havia firmado entendimento, inclusive sumulado, sobre a possibilidade da execução provisória da pena. A Súmula 716 dispõe que “admita-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”. No mesmo sentido, a Súmula 717 prevê que “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”.

Conforme dito, a prisão só é admitida em casos graves, excepcionais antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal prevê que a prisão preventiva somente 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”.

A excepcionalidade da decretação da prisão é reforçada no artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal, que dispõe que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)<sup>3</sup>”. No mesmo sentido:

---

<sup>3</sup> As medidas cautelares diversas da prisão foram introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403/2011, nos seguintes termos:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

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;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

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;

IX - monitoração eletrônica.

O artigo 282 do Código de Processo Penal, também fruto dessa mesma reforma legislativa, prevê que as medidas cautelares serão aplicadas caso haja necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de

Art. 283. 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<sup>4</sup>.

Logo, somente em casos graves, excepcionais, é possível a decretação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, em situações excepcionais, estando o acusado com a prisão preventiva decretada no momento da sentença, sobrevindo uma condenação a pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto e mantendo-se inalterados os motivos que autorizaram a custódia cautelar, é admissível a prisão preventiva. Ou ainda, se no momento da sentença o magistrado verifica a presença dos motivos que cancelam a necessidade do cárcere, é concebível a decretação da prisão.

Nesses casos, como existe uma sentença e a prisão é decretada ou mantida, ainda que haja recurso dessa decisão, o acusado deverá iniciar a execução provisória ou antecipada da sanção penal. Ele continuará recolhido ao cárcere e, inclusive, poderá usufruir provisoriamente dos benefícios da Lei de Execução Penal, como a progressão de regime.

A controvérsia então, não é sobre a possibilidade da execução provisória da pena, mas sim no momento em que esta se torna possível. O entendimento do STF afastou uma leitura absoluta do princípio da presunção de inocência, o que acabava por retirar a força das decisões proferidas em instâncias inferiores, obstando indefinidamente a execução penal. Constitucionalmente a leitura estaria correta, mas politicamente leva à ineficácia do sistema penal.

Veja que, em regra, a possibilidade de se chegar a última instância está condicionada a possibilidades jurídicas e financeiras, as quais estão reservadas à parcela muito ínfima das pessoas condenadas por crimes. Assim, autorizar o início da execução da pena somente após o julgamento pelos Tribunais Superiores incentivaría a seletividade do Direito Penal.

---

infrações penais, respeitando-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

<sup>4</sup> Interessante observar que estão pendente de julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 questionando a constitucionalidade deste artigo e a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

### A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica

Além disso, outro ponto argumentado é que como os recursos extraordinários não são dotados de efeito suspensivo, eles são utilizados no mais das vezes com intuito meramente protelatório.

Dessa forma, considerando o tempo necessário para que o processo chegue aos Tribunais Superiores e seja julgado, a ausência de efeito suspensivo aos recursos acarreta no risco real da ocorrência da prescrição, ou seja, na perda do direito de punir pelo Estado em razão do decurso do tempo.

De outro lado, também é direito do acusado um julgamento célere. O artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal prevê 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”.

Tal princípio “objetiva evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora e cruel, que simboliza, no mais das vezes, verdadeira antecipação de pena” (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 73).

Ademais, convém destacar que, embora o STF desde 2016 tenha firmado o entendimento sobre a possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância, a prisão não é obrigatória, dependendo de motivação concreta que justifique sua necessidade.

Em abril de 2018 a corte constitucional foi instada a revisar o seu entendimento, considerando que o réu sob julgamento era o ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

O ex-presidente foi julgado e condenado pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva no caso conhecido como “Triplex de Guarujá”. Após o julgamento pela primeira instância, houve recurso e o TRF-4 manteve a condenação.

Nesse tempo, a defesa do ex-presidente impetrou o *habeas corpus* 152752, em caráter preventivo, visando impedir a prisão do acusado após o julgamento em segundo grau. A liminar foi concedida, autorizando o acusado aguardar em liberdade o julgamento do mérito do *writ*.

Contudo, no julgamento definitivo, por seis votos a cinco, reafirmou-se o entendimento consolidado pelo Supremo em 2016. Os Ministros que se manifestaram favoráveis à execução imediata da pena (Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmen Lucia) entenderam que impedir a prisão em segunda instância retiraria a força dos tribunais inferiores,



## Renata Torri Saldanha

contribuindo para a impunidade e o sentimento de descrédito da Justiça. Enfatizaram ainda que não houve mudança na realidade para ensejar uma mudança nesse posicionamento. Em consequência, mudar esse posicionamento enfraqueceria a própria força das decisões do STF e ameaçaria a segurança jurídica.

Já os Ministros que se manifestaram a favor do ex-presidente (Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurelio Mello e Celso de Mello) entenderam que como é possível o cometimento de injustiças pelos tribunais inferiores, seria melhor esperar o esgotamento de todos os recursos antes de determinar a prisão ou, ao menos, o julgamento do recurso pelo STJ.

Nessa oportunidade ficou clara que, embora tenha ocorrido influência política na decisão do STF, como não houve mudança dos motivos que ensejaram a mudança do posicionamento da corte suprema, o fato de o réu sob julgamento ser um ex-presidente da República não é fundamento idôneo, por si só, para alterar posicionamento já consolidado. Do contrário, seria privilégio.

Contudo, de qualquer maneira, se trata de uma temática muito interessante a ponderação entre os bens jurídicos em jogo, independente da pessoa sob julgamento.

## **6 CONCLUSÃO**

Conforme visto, o constitucionalismo representa, em última análise, a garantia dos direitos do homem, em especial aqueles previstos no artigo 5º da Constituição Federal, sobre os quais recai a proibição de retrocesso.

De outro lado, nenhum direito pode ser interpretado de forma absoluta, pois a interpretação extrema de um princípio acaba por esvaziar o conteúdo de proteção de outros princípios.

No conflito entre dois ou mais princípios, deve-se priorizar a interpretação que mais dê força ao ordenamento jurídico e se harmonize com a Constituição, garantindo sua supremacia.

Em especial, no direito processual penal, os princípios visam proteger o acusado contra arbitrariedades estatais. Logo, como ao acusado está sendo assegurada a presunção de inocência, a possibilidade de recurso, a ampla defesa, o devido processo legal, o contraditório e a razoável duração do processo, admitir a

**A possibilidade de prisão após o julgamento em segunda instância: uma questão principiológica**

prisão após o julgamento de recurso apenas dota de efetividade o sistema processual penal, sem que isso implique em qualquer violação de direitos.

Necessário ressaltar também que o julgamento em segunda instância, além de representar a rediscussão da matéria fático-probatória, é realizado por um órgão colegiado, ou seja, não por um magistrado singular, mas por várias cabeças pensantes, aproximando-se a princípio a uma decisão mais justa.

Ademais, a presunção da inocência diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, por uma interpretação literal, não há qualquer óbice a decretação da prisão, o *status* de inocência do acusado permanece, ainda que desde logo preso.

Dessa forma, em situações excepcionais, havendo motivos que autorizem a custódia cautelar, não há qualquer constrangimento em sua decretação após o julgamento pela segunda instância.

Não se coaduna com um Estado Democrático de Direito suplantarem interesses de ordem pública sob a assertiva de proteção de garantias individuais, sob pena de inefetividade de todo o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues, TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal** (1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689compilado.htm)> Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. **Lei de introdução às normas de direito brasileiro** (1942). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; FERRAZ, Maurício Lins; LORENZATO, Gustavo Muller; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal Prático**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

**Renata Torri Saldanha**

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NISHIYAMA Adolfo Mamoru. Os métodos de interpretação constitucional. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. v. 8, n. 15, p 77-95, 2017. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/article/viewFile/1806/1461](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/viewFile/1806/1461)>. Acesso em: 10 abr. 2018.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183-212.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

*Artigo recebido em: Abril/2018*

*Aceito em: Abril/2018*