Ainda a propósito da prisão após julgamento em segunda instância

O nunca morto tema da prisão ao fim da segunda instância ganhou novos fôlegos a partir de movimentação recente do Supremo Tribunal Federal (STF): o Ministro Lewandowski votou no sentido de afastar a súmula 122 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que determina prisão automática dos condenados em segunda instância e Gilmar Mendes sinalizou que levaria a julgamento o *habeas corpus* impetrado em favor de Lula, arguindo suspeição do então juiz Sérgio Moro.

Se preponderar a interpretação de que é possível executar pena antes do trânsito em julgado, alguns jabutis terão que ser acomodados nessa frondosa árvore.

Quando termina a segunda instância?
Dentro de um tribunal de segunda instância, existem vários órgãos com atribuição em matéria penal. As câmaras ou turmas são os mais conhecidos; mas elas agrupam-se em grupos de câmaras ou seções criminais, para, por exemplo, a depender do Regimento Interno, julgar revisões criminais ou embargos infringentes. Além disso, os detentores de foro por prerrogativa por função são julgados pelos órgãos especiais. Mas não só: cabe, em regra, a uma das vice-presidências o julgamento de admissibilidade dos recursos extraordinários. Tudo isso na segunda instância.

Convém ao STF delimitar a extensão do que se entende por segunda instância, sendo certo que o mais seguro seria entendê-la esgotada no momento em que se aprecia a admissibilidade dos recursos extraordinários.

E como fica a prescrição?
Imaginemos um réu absolvido em primeira instância, mas que é condenado em segunda instância à pena de 2 anos, por, digamos, roubo tentado. Se entre o recebimento da denúncia e o acórdão condenatório tiverem transcorridos quatro anos, a pena está prescrita.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Na sistemática atual, todavia, o Tribunal não declarará a prescrição. Isso porque o Código de Processo Penal só permite a aferição da prescrição em concreto após o trânsito em julgado para a acusação.

Essa regra tem sua explicação, em duas fases. Como não se admite entre nós a *reformatio in pejus*, isto é, a piora da situação do réu sem que haja recurso da acusação, essa pena já alcançou seu patamar máximo, o que torna seguro o cálculo da prescrição. A segunda explicação é muito simples: como as penas só devem ser executadas após o trânsito em julgado, não haveria "pressa" do réu em ver a extinção da pena declarada no curso do processo.

Com o novo trânsito em julgado iluminista ou pragmático, cria-se um absurdo: executa-se, de maneira antecipada, pena que está presumidamente extinta!

Ora, se pena está madura a ponto de ser executada, já que o trânsito em julgado pragmático é anterior ao trânsito para a acusação, é forçoso, então, interpretar que, nas hipóteses de antecipação executória da pena, o Tribunal deve aferir a prescrição em concreto.

Se porventura a acusação lograr aumentar a pena em sede de recurso extraordinário, nada impede que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou o STF determinem o início da execução.

Afinal, o discurso pragmático baseia-se, principalmente, no baixo nível de reforma das decisões pelos tribunais superiores; essa faca há de cortar para os dois lados. Se reformam-se pouco as decisões condenatórias, mais um motivo para esperar que a pena fixada em segunda instância, prescrita, permaneça prescrita no curso do processo.

E como fica a reincidência?

Diz o Código Penal, em seu artigo 63, que verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado, a sentença que o tenha condenado a crime anterior.

Qual é esse trânsito em julgado? O constitucional ou o pragmático?

A coisa complica ainda mais: o artigo 64 faz um recorte temporal, isto é, deixa de "valer" a reincidência após cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena. Em outras palavras: a pena pode já estar sendo cumprida, ou mesmo extinta, antes do trânsito em julgado constitucional.

O impacto dessa resposta é gigantesco.

Quais os impactos da reincidência?
O primeiro e mais evidente é o aumento da pena na segunda condenação, por conta do artigo 61, I, do Código Penal.

Mas outros tantos institutos dela dependem:

- O *sursis*, ou suspensão condicional da pena, requer que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 77, I);

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

- A fração de pena a cumprir para obtenção de livramento condicional cresce de 1/3 para metade, nos crimes dolosos (art. 83, I);
- A reincidência específica em crimes hediondos e equiparados é, na prática vedada (art. 83, V);
- O cálculo da prescrição em concreto aumenta-se de um terço, para os reincidentes (art. 110);
- A reincidência é uma causa interruptiva da prescrição (art. 117, VI);
- No crime de tráfico de pessoas, a pena é reduzida para o primário que não integrar organização criminosa (art. 149-A, p. 2º);
- Um dos requisitos do furto privilegiado é a primariedade do réu (art. 155, p. 2º);
- Idem para o estelionato (art. 171, p. 1º);
- A primariedade pode isentar o condenado a receptação culposa (art. 180, p. 5º);
- A primariedade impacta o local de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 84, p. 3, III, da Lei das Execuções Penais – LEP);
- A primariedade é requisito para da mulher grávida ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência (art. 112, p. 3, III, da LEP);
- Impacta a fração de pena a cumprir para fazer jus às saídas temporárias;
- A conversão de pena privativa de liberdade é vedada para reincidentes específicos, e só excepcionalmente autorizada para os reincidentes comuns (art. 44 do CP);
- Etc.

Como se vê, a discussão não é bizantina.

O Direito funciona como sistema; alterar um pedaço, via de regra, mexe em todos os atos a ele concatenados, ou dele dependentes.

O STF colocou esse jabuti em cima da árvore. Mas estava grávido de outros tantos jabutis. Ao decidir pelo trânsito em julgado pragmático, será fundamental enfrentar seus reflexos diretos nos demais institutos dele dependentes.

Date Created
13/06/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.