

Prisão por decisão de segunda instância¹

Ives Gandra*

O Supremo Tribunal Federal, por seis votos a cinco, ao decidir que não poderia haver prisão, em execução de sentença, senão após o trânsito em julgado, privilegiando o disposto no Artigo 5º, inciso LVII da Lei Suprema, teve, no pronunciamento do Ministro Toffoli – que reiterou seus posicionamentos anteriores a favor da tese vencedora –, o voto de desempate. Está o referido dispositivo constitucional assim redigido: “Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)”.

A justificação, todavia, levou tranquilidade ao Poder Legislativo Federal, na medida em que declarou que o referido inciso do Artigo 5º não é uma cláusula pétrea, visto que o Código de Processo Penal, em seu artigo 283, permite prisões independentemente de a decisão judicial ser de qualquer Instância.

Em sua fundamentação, fez questão de realçar que são inúmeras as prisões sem trânsito em julgado permitidas, como preventiva, provisória, cautelar, civil e até mesmo administrativa, sem intervenção do Judiciário, como é o caso daquelas de membros das Forças Armadas.

A sinalização do Ministro Toffoli – em julgamento que foi acompanhado pela esmagadora maioria da população brasileira – deve ser mantida nestes 2 próximos anos, pois que até a aposentadoria do Ministro Celso de Mello, prevista para fins de 2020, a composição do Pretório Excelso será a mesma. Minha convicção de que, dificilmente, qualquer dos Ministros alterará sua posição, decorre do fato de que as referidas ações de controle concentrado vinham sendo amplamente discutidas em Universidades, congressos, livros e artigos de juristas, levando cada Ministro a um cuidadoso exame dos fundamentos de sua interpretação.

Ora, no momento em que o julgamento – o mais acompanhado da história do Brasil – realizou-se, cada um dos supremos julgadores trouxe sua refletida e definitiva opinião sobre a matéria, razão pela qual a possibilidade de alteração de seu posicionamento é praticamente nenhuma.

¹ Texto publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, em 20 de novembro de 2019.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie; UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU) / Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Advogado.

Nada obstante, o apaixonado debate entre doutrinadores e juízes a respeito do tema, quero trazer, para reflexão de meus escassos leitores, dois aspectos que me parecem de particular relevância.

O primeiro deles é que as duas teses jurídicas em questão são consistentes.

A primeira, de que o trânsito em julgado implica a presunção de inocência até que esse evento ocorra, tem seus seguidores, à luz de um argumento, além de outros, de fácil compreensão até por não operadores do direito. Como alguém inocente, enquanto não transita em julgado uma decisão condenatória, pode cumprir a execução de pena, nesta condição? Como um inocente pode ser preso, como culpado, sendo ainda inocente?

A tese contrária também se justifica, à luz de três fundamentos, entre outros, de fácil compreensão para leigos, ou seja: 1) a possibilidade de recorrer-se a quatro instâncias (1ª, 2ª, STJ e STF) leva muitos processos à prescrição da pena pela lentidão da justiça; 2) nas duas primeiras instâncias é que se discute toda a matéria fática; 3) os tribunais superiores (STJ e STF) só reexaminam questões jurídicas e não mais matéria de fato, salvo fatos novos, relacionada aos processos, com o que o reexame não impediria a aplicação da pena pela última instância em que toda a matéria fática pode e deve ser reexaminada.

À evidência, nas duas correntes há inúmeros outros componentes que eu poderia abordar, mas para efeitos deste artigo e de sua compreensão, principalmente, para pessoas não formadas em direito, apresentei aqueles de maior facilidade na compreensão.

Hart, em seu famoso livro *The concept of Law* em 1961 (Ed. Clarendon), declara que “direito é aquilo que a Suprema Corte diz que é”, pois, a segurança jurídica só se obtém pela certeza da decisão judicial na aplicação da Lei. E, no controle concentrado (ações diretas, declaratórias, de descumprimento de preceito fundamental ou repercussão geral) a decisão tem efeito impositivo sobre as Instâncias inferiores e sobre a administração pública em geral.

Compreende-se, pois, que, em face da harmonia e independência de Poderes estabelecidas no artigo 2º da Carta da República, a segurança é proposta pelo Legislativo e, nos casos expressos previstos na lei suprema, pelo Executivo, mas a certeza é determinada pelo Judiciário.

Ora, nesta linha, o último voto do Ministro Toffoli abriu indiscutível espaço para a presunção de legalidade de eventual explicitação legislativa, ao declarar, por 6 votos a 5, que o “trânsito em julgado” não é cláusula pétrea, para efeitos de prisão de condenados em Segunda Instância.

Quando das conversas com os amigos e constituintes Bernardo Cabral, Ulisses Guimarães e Roberto Campos, assim como com os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Francisco Rezek da Máxima Corte, à época da Constituinte – na oportunidade, escrevi pequeno livro para 66 constituintes intitulado *Roteiro para uma Constituição*, veiculado pela Editora Forense – defendia a tese de que os Tribunais Superiores deveriam ter a função de dar estabilidade às instituições, cabendo às instâncias

inferiores fazer justiça. É o que ocorre com a Suprema Corte dos Estados Unidos e com os Tribunais Constitucionais dos regimes parlamentares europeus.

Creio que o Pretório Excelso ganharia em relevância perante a nação e deixaria de ser objeto de manifestações populares, em que o debate ideológico se faz presente, se sua competência fosse semelhante àquela da maioria dos países em que a democracia não sofreu ruptura depois da 2ª Guerra, ou seja, exclusivamente constitucional. Foi o que propugnei, naquele opúsculo de 1987.

Pessoalmente, entendo, ao concluir este artigo, que se o Congresso Nacional aprovar a execução de sentença a partir da decisão de 2ª instância em matéria penal, por 6 votos a 5, a Suprema Corte confirmará sua constitucionalidade.