

Ainda sobre prender após a condenação em segundo grau



Ser a favor ou contra a prisão em face de decisão condenatória de segundo

grau é opinião pessoal que precisa de base normativa para prevalecer no ambiente democrático. Assim, cabe discutir as razões vencedoras/vencidas do caso que levou o STF a alterar o entendimento consolidado desde 2008 sobre a prisão antes do trânsito em julgado (HC 126.292/SP), já que possui algumas especificidades que merecem ser ressaltadas.

Vamos ao caso: o processo penal para apuração do crime de roubo foi encerrado em primeiro grau com sentença que condenou o réu a 5 anos e 4 meses de prisão, assegurando-se o direito de recorrer em liberdade. *Contra a sentença, houve interposição de recurso exclusivamente pela defesa*, o qual foi improvido pelo TJ-SP. Ao negar provimento ao recurso, determinou o imediato recolhimento do réu à prisão, em decorrência da condenação. A *curiosidade relevante* neste ponto do processo é a inexistência de recurso da acusação e, conseqüentemente, a falta de pedido para revisar a decisão de primeiro grau no ponto em que determina que o réu poderá recorrer em liberdade.

Contra a decisão do TJ-SP foi impetrado Habeas Corpus perante o STJ (HC 313.021/SP), distribuído originariamente ao ministro Gurgel de Faria para a relatoria, cuja liminar foi denegada pelo então presidente da corte, ministro Francisco Falcão, haja vista que o entendimento firmado nas 5ª e 6ª turmas é de não cabimento de Habeas Corpus quando cabível recurso especial. Contra a decisão do STJ foi impetrado o Habeas Corpus 126.292, que viria a se tornar paradigma para o novo posicionamento do STF a respeito da possibilidade de prisão do acusado antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, revendo a posição anterior (STF, HC 91.232). Apesar de haver sido concedida a liminar, ela foi ao final cassada, dada a virada no posicionamento do Supremo a partir do julgamento desse HC.



As razões do Habeas Corpus fundamentam-se, sinteticamente, no fato de haver sido interposto recurso exclusivamente pela defesa e a impossibilidade de haver reforma da decisão (que determinou que o réu recorresse em liberdade) sem que haja pedido nesse sentido e que o artigo 283 do CPP^[1] impede a prisão decorrente exclusivamente da condenação antes do trânsito em julgado, o que encontra fundamento no artigo 5º, LVII, CR, que destaca o princípio da presunção da inocência.

A partir dessa situação, faremos a análise crítica dos votos vencedores proferidos pelos ministros Zavascki, relator do processo, Barroso e Fachin, que sintetizam as teses vitoriosas que levaram à virada da jurisprudência do STF.

O voto do ministro Zavascki invoca diversos precedentes e súmulas do STF, *todos anteriores a 2008* (cada qual possui uma fundamentação, mas todas elas giram em torno da legislação infraconstitucional, que até então possuía redação diversa). Faz referência ao HC 84.078/MG, em que houve alteração do entendimento da corte e a evolução do tratamento das garantias do acusado no âmbito internacional e nacional. Estabelece que os recursos extraordinários (RE e REsp) não permitem a análise fática e padecem de efeito suspensivo, pelo que não haveria ofensa à presunção de inocência com a prisão enquanto pendentes tais recursos e faz referência ao voto da ministra Ellen Gracie no HC 85.886/2005, em que são citados diversos sistemas estrangeiros que permitem a prisão enquanto pendentes recursos aos tribunais superiores/constitucionais. Em NENHUM MOMENTO faz referência ao artigo 283, CPP e conclui que o início da execução da pena antes do trânsito em julgado não ofende a presunção de inocência, pois até o segundo grau o acusado foi tratado como inocente. Conclui que é função do Poder Judiciário efetivar o direito de punir do Estado, restaurando-se a jurisprudência anterior que permite a prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Não enfrenta, entretanto, o fato de que após as alterações legislativas ocorridas no CPP não apenas deixou de haver autorização legislativa para a prisão decorrente da condenação antes do trânsito em julgado, como a lei passou a vedar, expressamente, tal possibilidade no artigo 283, CPP. Com relação à afirmação do ministro de que os tribunais superiores não podem fazer a análise de matéria fática, além de não ter qualquer relação direta com a ausência de previsão normativa autorizativa da restrição da liberdade antes do trânsito em julgado e sem que estejam presentes os requisitos autorizadores de uma das prisões cautelares, não corresponde efetivamente à função exercida por esses tribunais no nosso sistema jurídico. Essa afirmação, verdadeiro “dogma” transmitido pela maioria dos manuais de Direito Constitucional e Direito Processual, padece de fundamento constitucional. Isto porque a Constituição brasileira prevê dupla função aos tribunais superiores: são tribunais de cassação e de rejuízo. Assim, após a abertura da jurisdição extraordinária, que se dá pela existência das situações previstas nos artigos 102, III e 105, III, CR.

Assim, ao julgarem respectivamente os RE e REsp, efetivamente *rejuízo* as causas, de modo que nossas cortes superiores, além de exercerem juízo de cassação, aferindo se a decisão recorrida incorre em uma das hipóteses previstas nos artigos 102, III e/ou 105, III, CR, realizam também o rejuízo das causas, sendo absolutamente necessária a análise minuciosa dos fatos neste momento, sem o que não se pode exercer de maneira adequada a função de julgar as lides levadas à corte. *Assim, padece de fundamento normativo a invocação de tal argumento para justificar a possibilidade de prisão em decorrência da condenação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.*



Do mesmo modo, a invocação de sistemas estrangeiros para fundamentar a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado não foi feita de maneira adequada, já que os sistemas estrangeiros são diferentes, tratando de maneira diversa situações jurídicas similares. A função das cortes superiores é diferente em cada Estado e a sistemática de aplicação do Direito também. A análise comparada de sistemas jurídicos não pode ser feita de maneira simplista, invocando-se dispositivos legais destacados de suas circunstâncias normativas, dogmáticas e jurisdicionais, sob pena de absoluta descaracterização dos institutos. O uso do direito estrangeiro foi meramente retórico-ornamental. O ministro Zavascki faz ainda referência ao julgamento da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, como se a constitucionalidade das causas de inelegibilidade — entre elas a existência de condenação proferida por órgão judicial colegiado — pudesse justificar a prisão sem expressa previsão legal autorizativa.

O voto do ministro Fachin destaca o papel do STF de guardião da Constituição, que atua por meio de “formulação de teses jurídicas, orientando e conferindo segurança jurídica na aplicação da normas constitucionais pelas instâncias jurisdicionais que a precedem” (p. 20). Afirma que a interpretação do artigo 5º, LVII não deve ser literal, devendo ser conjugada com a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII), soberania dos vereditos no tribunal do júri e a impossibilidade de o STJ e STF revolverem matéria fática, pelo que acompanha o relator.

O ministro Barroso profere minucioso voto, em que invoca a *mutação constitucional* da presunção de inocência como elemento norteador. Afirma que o pressuposto da prisão não é o trânsito em julgado, mas a existência de decisão fundamentada da autoridade. *Neste ponto nos perguntamos: que tipo de fundamentação deve ser aceita pelo sistema jurídico? Qualquer fundamentação?* Parece-nos claro que, ante o princípio da legalidade insculpido como cláusula pétrea em nossa CR, não pode ser considerada fundamentada uma decisão que determina a prisão sem que haja previsão legal neste sentido. Ou seja, não pode haver fundamento para a prisão que não decorra expressamente de previsão legal neste sentido. Assim, o argumento levantado pelo ministro Barroso carece de complementação no sentido de explicitar o que é uma decisão fundamentada, já que nosso sistema veda o mandado de prisão sem que haja expressa previsão legal. O segundo fundamento levantado pelo ministro é que a presunção de inocência é princípio, pelo que pode ser *ponderada*, afirmando que a ponderação deve ser feita pelo STF.



Ocorre que o Poder Legislativo, o único autorizado constitucionalmente a inovar no sistema jurídico, já fez essa ponderação e houve por bem determinar a proibição da prisão em decorrência da condenação antes do trânsito em julgado, de modo que não resta espaço para que o Judiciário, por qualquer de seus órgãos, faça tal juízo. Cita hipóteses em que o sistema permite a prisão antes do trânsito em julgado (para extradição ou expulsão, prisões cautelares), mas deixa de dizer — talvez *propositalmente*— que todas essas prisões possuem expressa previsão legal, e que há ausência de previsão legal para a prisão decorrente da condenação antes do trânsito em julgado. De maneira absolutamente desprovida de fundamentos científicos, afirma ainda que essa sistemática privilegia os ricos, pelo que não cabe qualquer comentário sobre tal afirmação. *É o único ministro que faz referência à previsão legal do artigo 283, CPP. Entretanto a alusão ao artigo é absolutamente contraditória por seus próprios fundamentos, pois afirma que o artigo 283 não é impedimento para a permissão da prisão antes do trânsito em julgado pois prevê outras hipóteses de prisão, todas elas cautelares e expressamente previstas em lei (o que não ocorre que a prisão em decorrência unicamente da condenação e antes do seu respectivo trânsito em julgado).*

Por fim, faz referência ao quantitativo de recursos, à política judiciária e ao descrédito que existe com relação ao sistema punitivo do Estado. Neste ponto, deve-se dizer que o ministro *faz análise de conveniência* de alteração do sistema punitivo estatal, o que claramente não está previsto constitucionalmente nas competências do Poder Judiciário. Invade, assim, competência legislativa de aferição da adequação da regulação estatal com relação ao sistema punitivo estatal, configurando verdadeiro arbítrio judicial. Propõe, ao final, a fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”.

É necessário dizer que, não obstante a disciplina constitucional da presunção da inocência, seria possível imaginar em nosso sistema a prisão decorrente da condenação de segundo grau como outra hipótese de prisão antecipada. *Seria uma espécie de “tutela da evidência” no processo penal, autorizativa da prisão provisória decorrente da maior possibilidade de manutenção da condenação no julgamentos dos recursos extraordinários.* Para tanto, entretanto, seria absolutamente necessária uma expressa previsão legislativa autorizativa, não configurando tal prisão início de execução definitiva da pena, mas, sim, nova hipótese de execução provisória, decorrente da maior proximidade que se chega da certeza com relação à culpabilidade após a condenação em segundo grau. *Repita-se que tal solução somente se vislumbra DE LEGE FERENDA e não em face da atual regulamentação legislativa.*



Desconhecemos país em que seja proibido prender cautelarmente. Essa prisão cautelar exige fim processual (e não material), de cunho excepcional, proporcional e provisório (CPP, artigo 282 e 283) . A prisão cautelar é confundida como modalidade de “tutela de evidência” (novo CPC), incompatível com o regime da presunção de inocência. Vale lembrar a Declaração dos Direitos do Homem (artigo 9º), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 11) e o Pacto de San Jose da Costa Rica (artigo 8º, 2). Se o recurso faz parte — é uma etapa do processo —, não há trânsito em julgado. Mas o STF inventou que sim no HC 126.292. Seria necessário, no mínimo, uma reforma constitucional e a adequação do sistema normativo para que os recursos especial e extraordinário se transformassem em ação de impugnação autônoma. Entretanto, prevaleceu lógica de "defesa social"[2], em que os pressupostos para o deferimento são manipulados por frases prontas, discursos alarmistas, sem vinculação concreta com o caso. A presunção de inocência exige que o acusado receba regra de tratamento como tal, pouco importando a probabilidade de ser condenado.

Assim, por qualquer ótica que se analise a decisão do STF, denota-se claramente sua ofensa ao sistema jurídico e inegável supressão de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, implementada exclusivamente pelo exercício do poder pelo STF, e não com base na normatividade em vigor . O nosso papel foi o de demonstrar a inconsistência dos argumentos lançados pelos ministros vencedores — por apertada maioria — do STF.

Na semana próxima a coluna “Limite Penal” irá discorrer sobre a proposta “anticrime”.

[1] O art. 283, juntamente com os artigos 393 e 594, compunham, então um arcabouço legal que permitia a prisão em decorrência da condenação antes do trânsito em julgado (seguem as redações originais: ~~Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (redação original do artigo). Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). I — ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II — ser o nome do réu lançado no rol dos culpados. Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Revogado pela Lei nº 11.719, de 2008)). Dada a constatação da sua incompatibilidade com a Constituição Federal, em especial, com a presunção de inocência anunciada expressamente no art. 5º., LVII (v. próxima nota), a redação foi alterada para a seguinte: 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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).** § 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). § 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).~~

[2]



SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa Social, Uma Visão Crítica*. Estúdio Editores: São Paulo, 2015. p. 13.

Date Created

08/02/2019