

NOTA TÉCNICA

REFERÊNCIA: Prisão em segunda instância

De fato, a **prisão em segunda instância** é uma possibilidade vigente no *sistema judicial brasileiro* que permite o *cumprimento de pena* após *condenação em segunda instância*. O entendimento de permitir a prisão foi decidido por sete votos a quatro pelo *Supremo Tribunal Federal* (STF) em fevereiro de 2016¹, e mantido em uma nova decisão na corte em outubro de 2016, por seis votos a cinco. O réu ainda poderá entrar com *recurso*, mas não estará em liberdade. A prisão após uma condenação por *colegiado* de segunda instância foi o resultado das **Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44**, que foram apresentadas pelo *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB) e pelo *Partido Ecológico Nacional* (PEN).

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu por 7 votos a 4. O então relator do caso, ministro **Teori Zavascki**, em caráter liminar, destacou que o cumprimento da pena após a decisão em segundo grau é uma forma de “*harmonizar*” o princípio da presunção de inocência com a efetividade da justiça. “*Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias*”, votou Zavascki. Seguiram os votos do relator os ministros **Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia** e **Gilmar Mendes**. De forma contrária, votaram **Rosa Weber, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello** e **Ricardo Lewandowski**, mas tiveram voto vencido.

Em 5 de outubro de 2016, a prisão em segunda instância voltou a pauta do STF, mas novamente por maioria dos ministros foi mantido a decisão (6 votos a 5). O único a mudar o voto foi **Dias Toffoli**. O ministro acompanhou a ala contrária à decisão tomada pelo Supremo e sugeriu que a execução da pena começasse após uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Já em fevereiro de 2018, o novo ministro do STF, **Alexandre de Moraes**, votou a favor da execução de penas de condenados após o fim de recursos na segunda instância da Justiça. A manifestação de Moraes é, portanto, considerada importante dentro da Corte diante de um impasse sobre a questão. Durante julgamento na Primeira Turma, o entendimento de Alexandre de Moraes, somado aos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, levou à execução da pena do deputado federal (PSD-SC), condenado pela segunda instância da Justiça Federal a cinco anos e três meses por dispensa irregular de licitação, quando ocupou o cargo de Prefeito Municipal de uma cidade do interior do Estado de Santa Catarina.

Há, portanto, precedentes obtidos inclusive em repercussão geral, que permitem a execução da pena após o julgamento em segunda instância.

¹ HC 126.292.

Portanto, há evidente receio no âmbito do Ministério Público brasileiro de que o HC nº 152.752 apresentado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (mesmo com a confirmação da condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 26/03/2018) possa, se deferido, em julgamento remarcado para o dia 04/04/2018, causar enorme prejuízo à credibilidade de todo o sistema judicial brasileiro, posto que violaria precedentes tomados em caráter de repercussão geral, em face de um caso concreto, da mesma maneira, acarretaria um enorme retrocesso à evolução jurisprudencial construída, de maneira árdua, nos últimos anos.

Nas palavras de Douglas Fischer, Procurador Regional da República da 4ª Região, *“o que se sustenta é que, em decorrência de uma interpretação sistêmica, considerando-se todos os instrumentos jurídicos previstos para evitar a indevida restrição à liberdade dos cidadãos, o recolhimento do réu condenado antes do trânsito em julgado na pendência dos recursos extraordinário (também na situação do recurso especial) não viola o comando constitucional supradescrito, nem qualquer outro que estipule proteção a garantias fundamentais. Assim, diante de todo o arcabouço constitucional (sistemicamente, portanto), não se viola a presunção de inocência, pois há mecanismos eficazes (entende-se que até muito mais eficazes que os próprios recursos) em sede constitucional para evitar eventual ilegalidade e recolhimento indevido com violação da presunção de inocência. Para o desenvolvimento de tais premissas, se ocorrerá também – mas não só - a argumentos contidos em decisão recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso em que foram definidas as regras para estabelecer a exigência da observância da denominada repercussão geral”*².

A execução provisória não significa o fim de direitos processuais inerentes ao indivíduo. A quase totalidade da comunidade internacional – incluindo países pioneiros na positivação e reconhecimento dos direitos fundamentais – interpreta a presunção da inocência de modo a compatibilizá-la com a necessidade de efetividade estatal na resposta ao crime. O processo justo aplicado desde o início da acusação em primeira e segunda instâncias, com observância do valor equânime da prova, com a garantia do contraditório e da ampla defesa e até mesmo com efeito suspensivo de alguns recursos garante a observância do princípio da presunção da inocência.

O correto entendimento da presunção da inocência, portanto, é perfeitamente compatível com a resposta estatal ao crime, como o é, por exemplo, na Inglaterra, no Canadá e nos Estados Unidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a presunção da inocência também não é absoluta, bastando lembrar que um dos requisitos para a privação de liberdade de forma preventiva é o indício suficiente da autoria e a ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal). Não se cogita aqui, presentes outros requisitos, de ofensa à da presunção de inocência. Do mesmo modo, seguindo-se o raciocínio de tornar absoluta a presunção da

² Fischer, Douglas. EXECUÇÃO DE PENA NA PENDÊNCIA DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL EM FACE DA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DA CONSTITUIÇÃO. UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: ENTRE A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E A PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE.

inocência, ninguém poderia figurar como investigado em um inquérito policial, ou ninguém poderia cumprir pena até que o último recurso da revisão criminal fosse julgado.

No dizer de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen³, Mônica Nicida Garcia⁴ e Fábio Gusman⁵ *“interpretar de forma absoluta a garantia da presunção da inocência, para não permitir o início da execução antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, significa aniquilar o escopo das prevenções geral e especial da norma penal incriminadora, particularmente quando se trate dos chamados crimes do colarinho branco e em detrimento da administração pública, cujos acusados têm acesso privilegiado à Justiça, como é notório”*⁶.

Mais ainda, negar efetividade às decisões condenatórias proferidas por Juízes e Tribunais significa um enfraquecimento do próprio sistema judiciário, concentrando indevidamente essa carga de poder decisório nos Tribunais Superiores e, em especial, no Supremo Tribunal Federal, o que não é previsto na Constituição Federal.

Conclui-se, então, que admitir-se a execução provisória no Brasil não constitui ofensa ao o princípio constitucional da presunção da inocência, como se observa, aliás, na maioria dos países, e como vinham decidindo nossos Tribunais Superiores desde o início da vigência da Constituição de 1988, como aliás já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal. É instituto de extrema relevância no escopo de prevenção geral e especial. Impedi-la, casuisticamente, ignorando os precedentes obtidos em repercussão geral significaria abstenção do Estado na persecução penal e inobservância, em alguns casos, de mandados de criminalização dispostos diretamente na Constituição Federal. Seria jogar no esquecimento o bem lançado voto do Ministro Teori Zavascki proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43.

A decisão do STF, portanto, se favorável ao impetrante do HC nº 152.752, abriria uma brecha importante para que cortes inferiores deixem de seguir a determinação atual e, com base nesse julgamento, permitam que condenados em segunda instância continuem em liberdade, ao contrário do que acontece hoje. Ou seja, trata-se de um meio termo: os tribunais não teriam de necessariamente conceder a liberdade a condenados depois da segunda instância para esperar outros recursos, mas também não ficariam mais obrigados a determinar a prisão. A orientação continuaria a ser a da detenção depois da confirmação da sentença, mas seria aberto um espaço para decisões contrárias do tribunal, gerando a temida insegurança jurídica e aumentando a famigerada sensação de impunidade.

O Colégio de Procuradores de Justiça, Órgão colegiado máximo do Ministério Público do Estado do Pará, portanto, vê-se obrigado a se posicionar, ante o iminente risco

³ Procuradora Regional da República da 1ª Região. Conselheira no CNJ, representando o MPU de nov/2013 a nov/2015. Suplente da 2ª CCR entre julho/2012 a julho/2014

⁴ Subprocuradora-Geral da República.

⁵ Assessor Jurídico da Chefia da Procuradoria Regional da República da 3ª Região

⁶ FRISCHEISEN, Luiza Crsitina Fonseca, GARCIA, Mônica Nicida, e Gusman, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 84.078.

de mudança de posicionamento que tem o condão de retirar a credibilidade de todo sistema judicial brasileiro, pugnando que os ilustres integrantes do E. STF mantenham a coerência, que toda a sociedade brasileira espera dos mesmos, e o respeito às decisões já constituídas e consolidadas no âmbito da mais alta Corte de Justiça de nosso País.

De Belém-PA, para Brasília-DF, em 27 de Março de 2018

GILBERTO VALENTE MARTINS
Procurador-Geral de Justiça
Presidente do Colégio de Procuradores de Justiça

