

PRISÃO POR DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

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.

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.

A2018-059 PRISAO POR DECISÃO DE 2ª. INSTANCIA

O ESTADO DE S. PAULO

Prisão por decisão de segunda instância

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O Supremo Tribunal Federal (STF), por 6 votos a 5, ao decidir que não poderia haver prisão, em execução de sentença, senão após trânsito em julgado, privilegiando o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Lei Supremacia, teve, no pronunciamento do ministro Dias Toffoli – que reiterou sua posição anterior a favor da tese vencedora – o voto de desempate. Está o referido dispositivo constitucional assim redigido: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (...)”.

A justificação, todavia, levou tranqüilidade 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 qual seja a instância da decisão judicial. 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 das de membros das Forças Armadas.

A sinalização do ministro Toffoli – em julgamento que foi acompanhado pela esmagadora maioria da população brasileira – deve ser mantida nos dois próximos anos, pois que até a aposentadoria do ministro Celso de Mello, prevista para fins de 2012, a composição do pretório excelso será a mesma. Minha convicção é de que dificilmente qualquer dos ministros alterará sua posição decorrente 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 cuidadoso exame dos fundamentos de sua interpretação.

Ora, no momento em que o julgamento – o mais acompanhado da História do Brasil – foi realizado cada um dos supremos julgadores trouxe sua refletida e definitiva opinião sobre a matéria, razão pela qual a possibilidade de alteração de sua posição é praticamente nenhuma.

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 transitado em julgado uma decisão condenatória, pode cumprir a execução de pena, nessa condição? Como um inocente pode ser preso como culpado, sendo ainda inocente?

A tese contrária também se

Se for aprovada pelo Congresso, entendo que o STF confirmará a sua constitucionalidade

justifica, à luz de três fundamentos, entre outros, de fácil compreensão para leigos: 1) a possibilidade de recorrer a quatro instâncias (primeira, segunda, 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, relacionados 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.

A 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 os 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 Poder Legislativo e, nos casos expressos previstos na Lei Suprema, pelo Executivo, mas a certeza é determinada pelo Judiciário.

Ora, nessa linha, o último voto do ministro Toffoli abriu indiscutível espaço para a presunção de legalidade de eventual explicitação legislativa, ao declarar – na decisão 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, Ulysses Guimarães e Roberto Campos, assim como com os ministros Moreira Alves, Sydney Sanches e Francisco Rezak, da máxima Corte, à época da Constituinte – na oportunidade escrevi pequeno livro para 66 constituintes intitulado *Roteto 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 à verificada na maioria dos países em que a democracia não sofreu ruptura depois da 2ª Guerra, ou seja, exclusivamente constitucional. Foi o que propugnei naquele opusculo de 1987.

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

* PROFESSOR EMÉRITO DA UNIVERSIDADE MACQUENZIE, DA FICM E DA EBC