

Direito Constitucional

PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA: QUANDO TODOS VIRAM JURISTAS

Com o certo feita disse Louis Dembitz, juiz da Suprema Corte americana entre 1916 e 1939, "a luz do sol ainda é o melhor detergente". Naquela ocasião, se referia ao fato de que a transparência é o melhor remédio.

Sem dúvidas, quando se abrem as portas do Poder Público à fiscalização e à transparência dos seus atos, a tendência é que se promova um maior controle sobre os atos administrativos, legislativos e judiciários, mas também que haja um maior combate à corrupção, na esteira do respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No caminho da transparência dos seus julgamentos, o STF escancara suas decisões ao transmitir ao vivo pela TV Justiça as sessões do plenário.

Há quem critique tal fato com base na exposição midiática de julgamentos técnicos, além do fato de que os juízes da Suprema Corte do país ficariam mais suscetíveis a pressões midiáticas e populares. Independente dos argumentos a favor e contra a supracitada transmissão, o fato é que o STF deve exercer seu papel de guardião da Constituição e de tribunal contramajoritário.

Todavia, um efeito inegável desse comportamento é transformar todo mundo em jurista. Nas redes sociais, não se vê um advogado opinando sobre obras técnicas de engenharia ou sobre manifestações médicas, mas se observa um sem número de profissionais alheios ao direito emitindo opiniões jurídicas, como se especialistas fossem.

Seria um efeito positivo em termos de democracia participativa, não fosse a argumentação rasa e atécnica que permeia os debates, bem como a polarização política que transforma a discussão em política e não jurídica.

É exatamente o que aconteceu com o julgamento pelo STF das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, cuja tese discutida era a possibilidade ou não da prisão em 2ª instância. O debate centralizado nas mídias sociais e na imprensa foi totalmente baseado em um argumento político: a sobrevivência da operação Lava Jato, isto é, pragmatismo político.

Aliás, há muito as discussões jurídico-penais deixaram de ser técnicas, para serem focadas no pragmatismo do sucesso ou não da sobredita Operação.

No caso da possibilidade de prisão em 2ª instância, o cerne do debate público pode ser resumido em: se você é contra a Lava-Jato, então você não é a favor da prisão em 2ª instância. Por outro lado, se você é a favor da Lava-Jato, deve defender a possibilidade da



prisão em 2ª instância. E, como sói acontecer no Brasil polarizado dos últimos tempos, o debate jurídico ficou alheio aos "novos" juristas dos teclados midiáticos.

Portanto, parafraseando o juiz Louis Dembitz Brandeis, a ideia aqui é trazer a luz do sol como detergente, para deixar clara a questão jurídica, limpando-a dos aspectos midiáticos, majoritários ou simplesmente políticos, ainda que de maneira bem sucinta e direta.

Em primeiro lugar, vale dizer, o STF não acabou com a prisão em 2ª instância. Pelo contrário, reafirmou sua existência ao declarar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Tal artigo traz as hipóteses de prisão. São elas: flagrante delito, prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, prisão temporária e prisão preventiva. A prisão decorrente de sentença condenatória recorrível foi extinta desde 2011 pela Lei 12.403, a qual revogou o artigo 393 do Código de Processo Penal.

Com efeito, temos três hipóteses de prisões provisórias previstas neste artigo, ou seja, aquelas que podem se dar durante o andamento do processo penal, antes do seu trânsito em julgado (quando não cabe mais

recurso): flagrante, preventiva e temporária.

Como estas prisões são aplicadas antes da culpa totalmente formada, uma vez que ainda cabe recurso, são excepcionais e devem ser muito bem fundamentadas, já que são uma relativização do princípio da presunção de não-culpabilidade previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Isto é, como não há, no Estado Democrático de Direito, nenhum direito absoluto, a presunção de não-culpabilidade pode ser afastada; porém, diante da excepcionalidade dos requisitos legais ensejadores das prisões provisórias, uma vez que pode ser aplicada, sem condenação definitiva.

Portanto, o STF não mudou os requisitos das prisões provisórias. Logo, as mesmas podem ser aplicadas, ainda que em 2ª instância, desde que preenchidos os requisitos legais.

Em segundo lugar, o STF não julgou a favor ou contra a Lava-Jato. Apenas disse o óbvio ao interpretar o supracitado artigo 5º, LVII da Constituição Federal, pois se ninguém pode ser considerado culpado até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado (diga-se: que não caiba mais recurso), qualquer prisão efetuada antes disso deve ser aplicada restritivamente e

excepcionalmente, pois relativiza no caso concreto uma garantia fundamental.

Em terceiro lugar, o STF corrigiu um erro de automatização da prisão em 2ª instância. Ora, restrição a direito fundamental não pode ser automática. Ela deve ser motivada, arrazoada, proporcional, necessária, adequada e excepcionalíssima. O fato de ser condenado em 2ª instância não gera, por si só, a necessidade da prisão.

Logo, o STF corrigiu a decisão proferida no HC 126.292, que disse que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal."

Além disso, é falacioso o argumento de que a culpa já está formada em 2ª instância, bastando observar a grande procedência de recursos especiais e extraordinários em matéria criminal. Fica o questionamento: se você fosse réu, aceitaria afastar um direito fundamental seu de maneira automática?

Por fim, não se pode imputar ao réu as falhas do sistema judiciário brasileiro. Morosidade; falha na instrução processual; um sem número de autorias desconhecidas nos inquéritos policiais; a enorme quantidade de presos sem sentença condenatória; lotação carcerária; os inúmeros recursos e instâncias judiciais que impedem que o processo penal acabe; as prescrições das pretensões punitivas e executórias, dentre outros fatores, devem ser resolvidos pelos três poderes republicanos e não serem argumentos extrajurídicos para se prender antes do tempo, já que com direito fundamental não se pode tergiversar.

Assim, vai o recado aos "novos" juristas dos teclados: usem o debate público e suas forças para cobrarem soluções aos problemas acima referidos (mudanças legislativas; melhoria dos processos de criminalização primária e secundária; menor seletividade no direito penal; justiça efetiva e ágil), ao invés de polarizarem o debate raso em torno do pragmatismo eleitoral e político, pois, para quem viveu uma ditadura em passado recente, a principal lição é: com direito fundamental não se brinca, se cumpre e se respeita.

GREGÓRE MOREIRA DE MOURA

Procurador federal da Advocacia-Geral da União e doutor em direito