

O FIM DA PRISÃO EM 2ª INSTÂNCIA!¹

Iniciado no dia 23 de outubro de 2019 e concluído na quinta-feira, 7 de novembro, o julgamento da prisão em segunda instância ou execução provisória da pena movimentou a sociedade, transpassando o debate comumente realizado no seio da comunidade jurídica.

Por maioria (6X5), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, agora, de forma contrária à manutenção da execução da pena privativa de liberdade após decisão de 2ª instância. Debruçou-se a Corte sobre uma questão essencial: o artigo 283 do Código de Processo Penal é conforme a Constituição Federal (CF)? Tal motivo vem a ser que a prisão em segunda instância, criada em 2016 com o *HC* 126.292/SP, sabidamente, estava a transgredir o aludido artigo. Explica-se. Em 2011, o Código de Processo Penal (CPP) sofreu uma pequena reforma com intenção de adequá-lo à Constituição Federal de 1988. Tal mudança ocorreu pelo fato do texto ser de 1941, redigido por Francisco Campos, não ter sido objeto de debate legislativo, e sim imposto por Getúlio Vargas durante o Estado Novo.

A atualização do CPP estabelece norma segunda a qual só pode haver execução de pena após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que significa o esgotamento dos recursos previstos em lei. Excepcionalmente, todavia, pode haver prisão sem o respeito à regra do trânsito em julgado quando for situação de prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva. No núcleo do art. 283 do CPP há presunção de inocência já estabelecida na Constituição Federal, regra clara e que não pode ser flexibilizada na seara penal, tampouco ponderada dada sua natureza. Trata-se de norma constitucional autoaplicável.

A tripartição de Poderes veda a criação de norma pelo STF, e esta vedação explícita vem especialmente reforçada quando se trata de norma processual penal, penal ou mista (como a da prisão em segunda instância). A norma penal não retroage para alcançar hipóteses pretéritas, ocorridas antes de sua existência. Essa decisão do STF talvez não tenha sido a preferível do ponto de vista político, econômico e mesmo criminal, mas é acertada ao dizer constitucional inculcado no art.5º, LVII, CF, apesar da indignação de parte da sociedade, convém lembrar a importância da Constituição como fator de garantia e estabilidade da sociedade democrática.

A fundamental questão é: então, ninguém mais será preso no Brasil, o país da impunidade? Há um equívoco jurídico e de realidade, de estatística. As prisões cautelares são uma constante no país, inclusive na fase do inquérito policial. No Brasil, apesar de dificuldades estruturais ruidosas, os agentes de segurança pública prendem muito e o Judiciário cumpre seu papel de prender nos termos da lei e respeitando a CF. Assim deve continuar.

Em realidade, como destacamos em outro texto, a matéria se politizou ao extremo, com efeitos que não são todos os melhores, infelizmente. Mas isso ocorre por força de ter-se começado mal, de modo equivocado, isto é, com a instituição de execução da pena após condenação em 2º grau através de decisão judicial, via jurisprudência, diante de norma

¹ Luiz Regis Prado. Doutor em Direito e Professor Titular do Doutorado em Direito (FADISP) e Diego Prezzi Santos. Doutor em Direito e Professor de UEL.

constitucional expressa em sentido contrário. Aliás, sempre sustentamos a necessidade de emenda constitucional, devidamente aprovada pelo poder competente (Poder Legislativo), para se alterar o texto constitucional (art. 5º, LVII, CF). Com a decisão do STF, ficou patente mais uma vez o caráter contingente, volátil, da jurisprudência, geradora muitas vezes de insegurança jurídica.

Agora, resta remediar. O que começa mal, em geral, termina mal!!!