

Prisão Preventiva, Prisão-Pena e Antecipação da Pena: o caso “Lula”

Luiz Regis Prado¹

Diego Prezzi Santos²

Na última quarta-feira (4/2) o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito do *habeas corpus* 152.752 PR pelo qual a defesa do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva buscava a não aplicação da execução provisória da pena.

A referida ação constitucional acabou negada por maioria, pois 6 dos 11 ministros foram contra o deferimento da ordem. Com isso, o precedente da prisão após julgamento em segunda instância firmado com o *habeas corpus* 126.292 SP pode, a princípio, ser aplicado ao ex-presidente, especialmente por ser o entendimento recorrente (súmula 122) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) que condenou o ex-presidente pelos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

No plenário do STF e entre os estudiosos do Direito um dos argumentos mais discutidos tem sido se a prisão em segunda instância é prisão provisória, na espécie preventiva, ou prisão-pena.

A prisão preventiva é certamente a espécie de prisão provisória mais debatida e mais utilizada no Brasil, tendo a função de proteger, acautelar o processo enquanto durarem seus fundamentos. A sua incidência torna-se possível da data do fato potencialmente criminoso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Estatísticas recentes apontam a existência de aproximadamente 40% de presos provisórios no país, o que representa número em torno de 290 mil pessoas.³

¹ Doutor em Direito (PUC/SP). Professor Titular do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

² Doutor em Direito (FADISP). Professor de Direito e Processo Penal (UEL, Pitágoras, Catuai). Advogado.

³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. al.] Brasília: Ministério da Justiça e

Trata-se de uma modalidade de medida cautelar pessoal complexa que é acionada com o preenchimento de requisitos de prova da existência do crime, indício suficiente de autoria, e de fundamentos que são a garantia da ordem pública, garantia de ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. A previsão legal desta espécie de prisão processual está no Título IX, Capítulo III do Código de Processo Penal.

A prisão-pena, por sua vez, ocorre após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, gerando a prisão definitiva quando não é possível recurso e a decisão se consolida.

Encontra-se disciplinada no Título V, Capítulo I do Código Penal brasileiro e seu cumprimento é regulado pela Lei de Execuções Penais.

Conforme dados recentes, 60% dos presos brasileiros são definitivos, o que representa quantidade de aproximadamente 410 mil pessoas.⁴

O caso do ex-presidente julgado pelo STF não se trata de prisão preventiva e tampouco de prisão-pena, e sim de outra modalidade de aprisionamento que destoa do sistema processual brasileiro: a chamada execução antecipada da pena criada, em sua mais recente versão, com o precitado *habeas corpus* 126.292, julgado em 2016.

Dá-se a execução antecipada da pena após condenação em segundo grau de jurisdição (julgamento em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal). Este formato de encarceramento não é preventivo posto que não protege qualquer situação processual. Não é também espécie de prisão-pena já que não depende de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Acerca desta modalidade de prisão “nova”, deve-se reconhecer sua falta de previsão legal, posto que não há um substrato normativo que a discipline. Igualmente, não há princípios próprios, como o da excepcionalidade das prisões processuais. Naturalmente, constata-se essa situação por ser uma criação jurisprudencial (e não legislativa) recente. Mesmo em se admitindo que correta em tese essa antecipação de pena, não poderia prosperar por ser *lex gravior* posterior.

Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

⁴ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

Há, aqui, na verdade, aberrante criação pretoriana em detrimento dos textos constitucional e legal, com transgressão da legalidade penal (art.5º,XXXIX,CF; art.1º, CP).

A origem do instituto tem um precedente anterior (HC 126.292, STF, julgado em 2016) e outro atual (o caso do ex-presidente com HC 152.752, STF).

No entanto, o problema central visto em 2016 não se modificou em 2018, pois, apesar de dotada de conteúdo claro, a presunção de inocência foi ponderada com princípios e reavaliada sem proximidade com seu texto e sua tradição, mas sim com base em ordenamentos distintos (no caso, EUA), praticado em sistema judicial e realidade social bastante diferentes.

Argumentou-se no julgamento em diversas linhas problemáticas, *v.g.*, redefinição do significado de trânsito em julgado, mescla dos princípios da não-culpabilidade, da imputação subjetiva e da presunção de inocência, entre outras.

Uma das fulcrais reflexões externada pelos Ministros era de que o instituto da prisão após julgamento em segunda instância tem uso exagerado, como regra para todos os casos. Nota-se um uso prático com semelhança à antiga e já abolida (1967) prisão obrigatória que constava da redação original do CPP.

Essa utilização deve-se justamente à falta de regramento para o instituto criado pela via tecnicamente equivocada e que é utilizado, na prática, sem fundamentação alguma em indubitável contrariedade ao inciso LXI, do art. 5ª da Constituição Federal.

Para além de tais questões, a prisão após julgamento em segunda instância que atinge o ex-presidente deve ser reavaliada no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 pelo próprio Supremo Tribunal Federal já que a Ministra Rosa Weber, na oportunidade, irá votar contrariamente a novidade.

Logo, é possível concluir que a segurança jurídica não é preservada no contexto atual. Tanto mais porque - diferente do que se dá com os cidadãos em geral - ao ter detectado as hipóteses de prisão preventiva quando prolatada a sentença condenatória em primeiro, o magistrado deveria ter aplicado tal medida. Em especial, revendo-se o conceito de ordem pública que, sem dúvida, merece uma nova roupagem no Estado Constitucional.

Concluí-se que a execução provisória da pena claramente impescinde de reavaliação, em real sintonia com a ordem democrática em vigor no país.