



OPINIÃO

Prisão em segunda instância e uma resposta a Luiz Guilherme Marinoni

18 de junho de 2019, 6h52

Por Gilberto Andreassa Junior e Décio Franco David

“ *Se temos que obedecer a certos princípios básicos do Direito Penal e a certos princípios constitucionais, não podemos, por razões supralegais, em determinados casos, deixá-los de lado. Ou os empregamos em todos os casos, ou os rejeitamos.*”

(ministro Felix Fischer em voto no REsp 213.054/SP)

Antes de adentrar ao tema central do artigo, vale mencionar que a presente resposta não visa questionar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni; pelo contrário, referido autor é um dos maiores pensadores do Direito Processual brasileiro e serve de escola aos atuais processualistas, o que não quer dizer que é preciso concordar com suas exposições. Em virtude de ser referência, deve-se, sempre, dialogar com seus escritos, ainda que contrariamente.

Fato é que no dia 8 de abril foi publicado artigo na ConJur “sobre a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da condenação”[\[1\]](#). No texto — que objetiva demonstrar a constitucionalidade da prisão antecipada —, Marinoni elenca os seguintes argumentos:

1) “A jurisdição constitucional, quando não tem condições de realizar interpretação conforme, pode negar a norma (interpretação possível) que deriva do texto legal para, reconstruindo-a, conformá-la ao sentido da Constituição. Trata-se de poder implícito ao de declarar a inconstitucionalidade. Isso acontece quando são proferidas as decisões ablativas, aditivas ou substitutivas — ditas decisões manipulativas – todas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal sob as vestes de declaração parcial de inconstitucionalidade e de interpretação conforme à Constituição.”

O que buscou ser informado por Marinoni é que o Supremo Tribunal Federal já

atuou de forma parecida em outros casos, ou seja, deve seguir seus precedentes e possibilitar a prisão em segundo grau;

2) Luiz Guilherme Marinoni cita, como precedentes do STF, dois casos emblemáticos: ADI 1.127 (alteração do Estatuto da Advocacia) e ADPF 132 (união homoafetiva);

3) “No caso brasileiro, a totalidade dos ministros do STF, ao optar por uma diretiva interpretativa funcional — indo obviamente além das diretivas linguística e sistemática —, adotou claramente a diretiva que preceitua que ao texto constitucional deve ser atribuído significado conforme aos objetivos que a Constituição deve alcançar segundo as valorações do Juiz Constitucional, necessariamente amarradas aos fatos e valores sociais contemporâneos”;

4) “Não há como imaginar que algum ministro da Corte possa declarar que a prisão em segundo grau é inconstitucional com base no dispositivo da Constituição que afirma que ‘ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Em primeiro lugar porque este dispositivo não diz que ninguém será preso antes do trânsito em julgado da condenação (...). Todo e qualquer efeito executivo da sentença tem autonomia em relação à coisa julgada material. A execução de uma sentença nada mais é do que opção pela realização prática da prestação jurisdicional, nada tendo a ver com trânsito em julgado ou com definição de responsabilidade. Isso significa que nem mesmo a interpretação literal do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal permite chegar na conclusão de que ninguém poderá ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória”;

5) “O problema, porém, é certamente mais complexo. A ‘presunção de inocência’ não significa proibição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação. ‘Presunção de inocência’ constitui standard que expressa a ideia de que ninguém, antes de uma justificativa decisional pautada em juízo e raciocínio abertos ao contraditório e às provas, pode ser considerado culpado. Em outras palavras, a presunção de inocência é um slogan que expressa que a prova do crime e da autoria é do titular da pretensão punitiva, constituindo-se num direito fundamental processual de natureza negativa”;

6) “A impossibilidade de se outorgar efeitos à sentença condenatória confirmada pelo tribunal, além de retirar a autoridade dos juízes e tribunais que atribuíram responsabilidade ao réu, transformando-os em porta-vozes de meras proclamações retóricas, elimina a efetividade da ordem jurídica, acenando para a ideia de que a responsabilização penal deve atingir somente aqueles que não podem suportar o custo financeiro de um advogado que os leve ao exaurimento do processo perante a

Corte Constitucional. A realidade contemporânea atesta que muitos condenados em primeiro e segundo graus deixam de cumprir pena em virtude da demora inerente ao processamento dos recursos no STJ e no STF, bem como demonstra que algumas penas, quando cumpridas muito depois, deixam de ter o seu devido significado para a sociedade”.

Analisando o raciocínio jurídico do renomado jurista, resta debater cada um dos itens.

Clique [aqui](#) para ler o artigo completo.

[1] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/direito-civil-atual-possibilidade-prisao-antes-transito-julgado>>. Acesso em 30.jun.2019.

Gilberto Andreassa Junior é advogado, professor universitário, doutorando na PUCPR, mestre pela UniBrasil e especialista em Direito pela PUCPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Instituto dos Advogados do Paraná.

Décio Franco David é advogado, professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário, doutorando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp), mestre pela Uenp e pela Universidade de São Paulo (USP) e especialista em Direito pela FAE. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE).

Revista Consultor Jurídico, 18 de junho de 2019, 6h52