



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BRUNO CÉSAR VARGAS PEREIRA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO
APÓS CONDENAÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO
TRÂNSITO EM JULGADO**

Assis/SP

2017

BRUNO CÉSAR VARGAS PEREIRA

**INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO
APÓS CONDENAÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO
TRÂNSITO EM JULGADO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Bruno César Vargas Pereira

Orientador: Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Assis/SP

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

P436i PEREIRA, Bruno César Vargas

Inconstitucionalidade da aplicação da pena de prisão, após condenação penal em segunda instância e antes do trânsito em julgado / Bruno César Vargas Pereira. Assis, 2017.
67p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA

Orientador: Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

1.Habeas corpus 2.Prisão 3.Direito Constitucional

CDD 341.2741

INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO PENAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA E ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

BRUNO CÉSAR VARGAS PEREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal
de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação,
avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____

Prof. Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Junior

Examinador: _____

Prof. Ms. Leonardo de Gênova

Assis/SP

2017

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, a minha irmã e a minha namorada, por todo amor e incentivo que me deram, aos amigos e familiares que me ajudaram na realização deste trabalho e em memória do meu amigo Fernando Abrão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, ao meu pai Adilson Pereira, a minha mãe Rosimeire Aparecida Pena Vargas Pereira e a minha irmã Bárbara Vargas Pereira por sempre confiar e acreditar em mim.

Agradeço a minha namorada Juliana Felix Pedro por todos os puxões de orelha, apoio e incentivos, por me ajudar não somente com palavras, mas também no conteúdo, por não me deixar desistir quando desanimava.

Agradeço também a todos meus amigos, em especial o meu amigo Gelson, que sempre esteve à disposição para contribuir com o desenvolvimento e formatação do trabalho, por fim não poderia deixar de agradecer a todos os professores da FEMA, em especial ao meu orientador Professor Mestre Fernando Antônio Soares de Sá Junior e ao Professor Doutor Rubens Galdino da Silva.

Deixo aqui um pequeno agradecimento a todos que me ajudaram e auxiliaram que Deus abençoe a vida de todos vocês, muito obrigado.

Fé não faz as coisas serem fáceis, mas as tornam totalmente possíveis, creia.

Romanos 5:8

RESUMO

A finalidade deste trabalho de conclusão de curso é determinar a apropriada aplicação da legislação constitucional e penal brasileira em face do indivíduo condenado em sentença penal de segunda instância. O primeiro capítulo apresenta a origem das punições e prisões no Brasil, aborda também as espécies de prisões cautelares e prisão pena. No segundo capítulo, faz-se uma abordagem sobre os princípios e garantias constitucionais e infraconstitucionais acerca da liberdade do indivíduo. O terceiro capítulo discorre sobre a análise jurisprudencial, observando o precedente anterior e o atual, os votos dos ministros, suas justificativas e posicionamento.

Palavras-chave: Presunção de inocência, sentença penal irrecorrível, dignidade da pessoa humana, trânsito em julgado, inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this course completion work is to determine the appropriate application of Brazilian constitutional and criminal law in the face of the individual convicted in a second instance criminal sentence. The first chapter presents the origin of punishments and prisons in Brazil, also addresses the species of precautionary prisons and pen prison. In the second chapter, an approach is made to constitutional and infraconstitutional principles and guarantees about the freedom of the individual. The third chapter discusses the jurisprudential analysis, observing the previous and current precedent, the votes of the ministers, their justification and positioning.

Keywords: Presumption of innocence, unappealable criminal sentence, dignity of the human person, unappealable finality, unconstitutionality.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	PRISÕES.....	12
2.1	SURGIMENTO DAS PENAS E PUNIÇÕES	12
2.2	ORIGEM DA PRISÃO NO BRASIL	13
2.2.1	Brasil Colônia.....	13
2.2.2	Brasil República.....	16
2.3	CONCEITO DE PRISÃO	20
2.4	PRISÃO PROCESSUAL OU SEM PENA.....	22
2.4.1	Prisão em Flagrante	23
2.4.2	Prisão Preventiva	25
2.4.3	Prisão Temporária.....	27
2.5	PRISÃO PENA	29
3.	PRÍNCIPIOS JURÍDICOS E GARANTIA.....	30
3.1	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	30
3.2	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	35
3.3	PRINCÍPIO DA DEVIDO PROCESSO LEGAL	36
3.4	PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	37
3.5	PRINCÍPIO DA VERDADE REAL	38
3.6	PRINCÍPIO FAVOR REI	38
3.7	PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....	39
4.	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	41
4.1	PRECEDENTE ANTERIOR	41
4.2	PRECEDENTE ATUAL – VOTOS VENCIDOS.....	47
4.3	REPERCUSSÃO	53
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
6.	REFERÊNCIAS	64

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca encontrar a apropriada aplicação da legislação constitucional e penal brasileira em face do indivíduo condenado penalmente em segunda instância, a aplicação da pena de prisão antes de serem julgados todos os recursos e a sentença penal condenatória irrecorrível, trânsito em julgado.

O tema pesquisado tem grande importância, pois trata da liberdade do cidadão. Além disso, é atual a decisão que mudou o entendimento e esta gerando grande discussão no Brasil, e em todo o ordenamento jurídico.

O primeiro capítulo apresenta o surgimento das penas e punições, a origem da prisão no Brasil dividida em dois períodos Colônia e República, em seguida, o conceito de prisão, prisão processual ou sem pena, definindo a prisão em flagrante, preventiva e temporária, finalizando o capítulo com a prisão pena.

No segundo capítulo, faz-se uma abordagem sobre os Princípios e Garantias individuais e coletivas do cidadão, analisando os princípios da Presunção de Inocência, Dignidade da Pessoa Humana, Devido Processo Legal, Liberdade, Verdade Real, Favor Rei, Celeridade Processual, observando a Segurança Jurídica.

Já o terceiro capítulo, discorre sobre os precedentes jurídicos e jurisprudência relevantes ao tema abordado, analisando o entendimento anterior, atual e a jurisprudência. Por derradeiro, apresenta algumas reportagens e fatos após a mudança de entendimento.

Por fim, este trabalho busca compreender a apropriada aplicação da legislação penal brasileira em face do indivíduo acusado e condenado no Tribunal de Justiça, e se a decretação da aplicação da pena de prisão antes da sentença penal condenatória irrecorrível é eficiente e constitucional à luz do ordenamento jurídico Brasileiro.

2. PRISÕES

2.1 SURGIMENTO DAS PENAS E PUNIÇÕES

A partir do início concepção da sociedade, verifica-se uma luta constante pela aplicação da Justiça. Com o passar do tempo, essa mesma sociedade tenta desenvolver soluções para buscar o seu ideal. No início, com vingança e punições.

A legislação mais antiga que se admite como origem do Direito, é o Código de Hamurábi, também conhecido por “Lei de Talião”, o termo “talião”, do latim talionis, significa igual ou idêntico, daí surgiu o ditado “olho por olho, dente por dente” o primeiro artigo afirma: “Alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, não pode provar, quem acusou deverá ser morto”. O Código, com 282 artigos foi promulgado Rei Hamurábi, da Babilônia por volta de 1772 a.C. (GUIMARÃES, 2006)

Na Antiguidade, não existiam prisões como as atuais. O cárcere, quando ocorria, tinha a característica de custódia, guardar e vigiar o delinqüente, para que não cometa outros delitos e tormento, tortura, castigos físicos, todavia a idéia de prisão como pena em si já existia na Antiguidade.

Na Idade Média, na maior parte da Europa ocidental, as penas eram ordenadas pelos governantes e as punições poderiam ser de força, amputações, fogueira, decapitação. Os crimes punidos eram, normalmente, as ofensas aos soberanos ou a heresia. A punição era aplicada de acordo com a classe social do apenado.

A primeira prisão com função de cumprimento de pena surge na Inglaterra, o cárcere de Clarendon, inaugurada pelo rei Henrique II em 1166. (OLIVEIRA, 2016)

Com o passar dos anos, juristas divergiam sobre qual era a verdadeira função da prisão, se deveria ser encerrada como uma forma de tortura ou uma garantia sobre a pessoa e seu corpo. A evolução desses pensamentos atravessaria a Renascença, tomando novos

rumos à medida que a Europa Ocidental se tornava livre do jugo da Igreja Católica, e passava a buscar o conhecimento científico como forma de solucionar dúvidas e conflitos.

Na Renascença, com a liberdade de pensar e buscar novas fontes, novas formas de conhecimento houve uma grande busca pela razão, através da qual poderiam descobrir horizontes antes inimaginados, solucionar questões metafísicas e fenômenos da natureza em geral. Com isso, procuraram novas explicações para crimes e novas respostas para como com eles lidar, instaura-se uma reforma nas instituições prisionais, que pouco a pouco, vão se aprimorando e chegando aos moldes atuais.

Da Renascença à Idade Moderna as reformas atingiram todos os campos do saber e do conhecimento. No campo do Direito, um marco dessas reformas é a obra do italiano Cesare Beccaria – Dos delitos e das penas, publicada em 1764, cuja repercussão provocou mudanças na legislação de vários países. (BECCARIA, 2016)

Para Beccaria, a pena deveria deixar a forma de punição e assumir a de sanção, para ele, o criminoso não deveria ser marginalizado e abandonado pela sociedade, mas tratado como alguém que não se adaptou às normas pré estabelecidas.

Por volta de 1830, desaparece da Europa o espetáculo do suplício, a pena deixa de visar o corpo e toma a forma de reclusão, trabalhos forçados, servidão, interdição e deportação. O objetivo da pena, a partir dessa época, é corrigir, reeducar e curar, passando a atuar não mais simplesmente sobre os delitos, mas sobre os delinquentes.

2.2 ORIGEM DA PRISÃO NO BRASIL

2.2.1 Brasil Colônia

Descoberto em 1500 pelos portugueses e, até 1822, colônia lusitana, o Brasil e seu Direito foram influenciados pela pátria mãe. (FAUSTO, 1996)

O Brasil inicialmente foi organizado em forma de capitânias hereditárias, onde os responsáveis eram os donatários, que tinham o poder de legislar e julgar. Isso acabou ocasionando uma grande descentralização do poder, já que existiam várias capitânias e cada donatário poderia julgar conforme suas regras e direitos.

Para solucionar o problema da descentralização do poder o Rei, tentou dar força as Ordenações, que são um conjunto de leis e fontes jurídicas, promulgadas pelo Monarca.

As primeiras Ordenações criadas foram as Afonsinas cujo papel de centralizar o poder do Estado. Surtiu pouco efeito, vigoraram entre 1447 até 1521. Tratando da parte penal Zaffaroni et al., escrevem:

A matéria criminal se compendia, ainda que não exclusivamente, no livro V; além da influência canônica (o título I trata dos hereges, e diversos títulos criminalizam a sexualidade segundo padrões canônicos) e romana (nas “forças novas demandadas antes do ano e dia” do título LXVIII ressoa o *interdictum unde vi*), estão presentes traços germânicos (como gritos nas ruas que habilitavam a mulher forçada a querelar, no título VI), provenientes do processo histórico inaugurado com o reino visigótico. A cominação abusiva da pena de morte e das penas corporais, o emprego por arbítrio judicial da tortura (V, LXXXVII, 4), a ampla criminalização de crenças, opiniões e opções sexuais e a própria transmissibilidade das penas respondem à conjuntura na qual se inscreve tal compilação (2003, p.413).

Nota-se uma grande e rigorosa força da Igreja na legislação e nos meios punitivos do Estado. Também pode destacar as penas corporais, torturas e até pena de morte como sendo comuns na época.

Após as Ordenações Afonsinas advieram as Ordenações Manuelinas, em 1521. Para efeitos práticos quase nada mudou, pois o poder punitivo ainda era exercido desregulada e privadamente, pelos donatários, tinham poderes absolutos e arbitrários, segundo Bitencourt:

[...] e como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil-Colônia. Pode-se afirmar sem exagero que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar seus interesses. De certa forma, essa fase colonial reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes (2000, p.41).

Os donatários, com o passar dos anos e sem regras a serem seguidas, ficaram mais autoritários e cruéis, cometendo barbáries se sua vontade não fosse cumprida.

Após as Ordenações Manuelinas, surgem as Ordenações Filipinas, em 1601. Trouxeram mudanças significativas no seu texto, Zaffaroni ensina:

Diversamente das Afonsinas, que não existiram para o Brasil, e das Manuelinas, que não passaram de referências burocráticas, causal e distante [...], as Ordenações Filipinas constituíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica. A vigência das Filipinas, em matéria penal, avançou mesmo alguns anos sobre o próprio estado nacional brasileiro, até a promulgação do código criminal de 1830, com os limites e alteração decorrentes da nova ordem constitucional e de algumas leis penais editadas naquele período [...] (2003, p.417- 418).

Diferente das Ordenações anteriores, com as Ordenações Filipinas, o direito penal teve avanço no Brasil.

A respeito das prisões no período colonial, Aguirre afirma:

Durante o período colonial, as prisões e cárceres não constituíam espaços, instituições que seus visitantes e hóspedes pudessem elogiar pela organização, segurança, higiene ou efeitos positivos sobre os presos. De fato, as cadeias não eram instituições demasiadamente importantes dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais. Na maioria dos casos tratava-se de meros lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou para delinquentes já condenados que aguardavam a execução da sentença. Os mecanismos coloniais de castigo e controle social não incluíam as prisões como

um de seus principais elementos. O castigo de fato, se aplicava muito mais frequentemente por meio de vários outros mecanismos típicos das sociedades do Antigo Regime, tais como execuções públicas, marcas, açoites, trabalhos públicos ou desterro. Localizadas em edifícios fétidos e inseguros, a maioria das cadeias coloniais não mantinha sequer um registro dos detentos, das datas de entrada e saída, da categoria dos delitos e sentenças. Vários tipos de centro de detenção formavam um conjunto algo disperso de instituições punitivas e de confinamento: cadeias municipais e de inquisição, postos policiais e militares, casas religiosas para mulheres abandonadas, centros privados de detenção como padarias e fábricas – onde escravos e delinquentes eram recolhidos e sujeitados a trabalhos forçados – ou cárceres privados em fazendas e plantações nos quais eram castigados os trabalhadores indóceis [...]. Logo, o encarceramento de delinquentes durante o período colonial foi uma prática social regulada simplesmente armazenar detentos, sem que se tenha implementado um regime punitivo institucional que buscasse a reforma dos delinquentes (2009, p.38).

Roig, discorrendo sobre os prédios construídos com o fim específico de aprisiona:

No Rio de Janeiro Colonial, gozavam de especial destaque a Cadeia Velha, edificada em 1672 para o recolhimento de sentenciados e desativada em 1808 para servir de hospedaria para os membros da Corte de Dom João VI, recém foragidos de Portugal, e a prisão do Aljube, construída nas imediações da Ladeira da Conceição, entre 1735 e 1740 (2005, p. 29).

Sem a existência de cadeias, o sistema punitivo brasileiro no período colonial era marcado por punições corporais, imposições de trabalhos públicos forçados, açoites, mutilações e morte. Nesse período, o Brasil não tinha um sistema carcerário, as prisões serviam para assegurar a aplicação de pena e, portanto para manter a pessoa em um lugar até chegar a hora da execução da pena.

2.2.2 Brasil República

A República foi proclamada em 15 de novembro de 1889, com o golpe militar de Marechal Deodoro da Fonseca. O novo governo teve pressa para fazer um novo Código Criminal.

Já em 1890, ele surge com o nome de Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. (FAUSTO, 1996)

O enfoque do novo código era eliminar tudo e todos que representassem uma ameaça para a segurança do Estado, continha a pena privativa de liberdade como o centro do sistema penal, os grupos com o foco punitivo eram sempre os menos favorecidos: afrodescentes, imigrantes, capoeiristas e prostitutas. Nota-se que o governo direciona os tipos penais para manter o controle de classes e seu domínio. Vejamos o de escreve Morais:

Com a República, os ventos políticos sopraram na direção da criação de um arcabouço jurídico que fosse condizente com as demandas da Federação. De imediato, o código penal republicano, de 1890, tratou de instituir tipos penais que permitissem o controle e a ordenação das classes perigosas pelos governantes (2012, p.6).

Em 1891, foi criada a Constituição Republicana, que traz positivado o fim das penas cruéis e de banimento, assegurando que a pena de morte poderia ser aplicada em tempos de guerra. A prisão como forma de ressocializar o infrator, devolvendo-o para a sociedade, Morais ensina:

Se, no plano teórico, tais constituições eram tributárias do ideário transformador da punição, na prática, desde o início, coexistiram com um sistema prisional precário. Afinal, no caso brasileiro, o abismo existente entre a legislação formal e as práticas punitivas empregadas pelas agências repressoras tem sido uma característica que perdura desde o período colonial, atravessa o império e se prolonga pelo regime republicano. (2012, p.6)

Analisando o que Morais descreve, percebemos que essa é a pratica no Brasil até hoje, o abismo citado existe e assemelha-se nas mesmas formas as punições, embora a legislação e a pratica punitiva sejam muito diferentes.

Em 1934, foi promulgada a Constituição da República Nova, de acordo com a qual a União poderia legislar a respeito do sistema carcerário. Em 1935, foi criado o regulamento penitenciário, feito para tentar solucionar divergências entre penitenciárias e as penas privativas de liberdade não estavam cumprindo sua função, pois a reincidência já existia na época. Além disso, Maia (2009, p.145) mostra que era criado: “[...] um ambiente reprodutor da delinquência dentro do presídio”.

Com o começo do Estado Novo em 1937, foram feitas mudanças nas leis e nas penas a Constituição Polaca, que tinha cunho autoritário. As mudanças visaram satisfazer desejos políticos, utilizando a prisão para conter os inimigos do governo. (MORAIS, 2012, p. 07).

Outro fato histórico importante a salientar, foi a elaboração do novo Código Penal em 1938, por Alcântara Machado com a confiança de Vargas. O novo código foi submetido a outros juristas da época como, Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcélio de Queiroz. Foi apresentado em 1940 e promulgado em 1942. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p.194).

A prisão passou a ser enxergada como uma “regeneração” do indivíduo. Isso, o meio mais adequado para cumprir a pena foi o progressivo, contendo quatro fases:

A primeira fase compreende um breve período de isolamento celular contínuo, diurno e noturno, com o fim de acentuar, pela situação mais afliativa desse período, o caráter mais severo da pena de reclusão. O Código limitou o isolamento, nesse período, ao máximo de três meses [...].

Na segunda fase o preso passaria a conviver com os outros presos, no entanto, continuaria em isolamento noturno. O preso deveria trabalhar, dentro dos presídios ou fora, em obras ou serviços públicos como forma de exercício de um direito, mas, também como dever imposto pela pena visto que tratava-se de medida necessária de segurança e moralidade. A terceira fase é o livramento condicional que antecede a liberdade definitiva (SILVA, 1998, p.40).

Consiste a primeira fase como a mais dolorosa, tendo em vista o isolamento contínuo do apenado. Já na segunda fase, o preso passa a conviver com outros presos e pode trabalhar. Na terceira fase, livramento condicional se o preso cumprir determinadas condições será colocado em liberdade.

[...] o que se vê, é uma nítida diferenciação entre os autores de crimes que são responsáveis dos irresponsáveis. Surgindo o sistema do duplo binário, ou seja, a aplicação ao delinquente irresponsável das penas normalmente aplicáveis à espécie delituosa e, ainda, medida de segurança. Vale dizer: o Código de 1940 impunha a aplicação conjunta da pena e da medida de segurança (SILVA, 1998, p.46).

O Código de 1940, embora promulgado durante a tirania de regime autoritário, continua vigente, apesar de ter sofrido algumas alterações. Por exemplo, deixou uso político do aprisionamento, como meio de controle social.

Em 1964, com o golpe militar, a Ditadura Militar foi marcada por um Estado impetuoso, reprimindo e desamparando as parcelas mais frágeis da população, no entanto o Código foi alterado somente em 1969, e Zaffaroni; Pierangeli (2008, p.195) afirma: “que possuía modificações tecnocráticas do Código de 1940. Mas mantinha as penas extraordinariamente graves e as medidas de segurança com uma moldura autoritária idealista”.

No período foi criado o Regime Disciplinar Diferenciado, com o intuito de manter os condenados presos mais perigosos em celas de segurança, porém, após a vigência de quase dez anos o Código foi revogado pela Lei 6578 de 11 de Novembro de 1978, por não corresponder à realidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p.195).

A Lei 7209 de 11 de Junho de 1984, introduziu uma reforma que trouxe alterações na parte geral do Código Penal e na pena de prisão, por exemplo, o réu poderia ser condenado no máximo a trinta anos de prisão (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 196).

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2008):

O texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. De uma maneira geral, o neo-idealismo autoritário desaparece do texto, apresentando apenas uma isolada amostragem de neo-hegelianismo, ao cuidar da imputabilidade diminuída. Retorna-se um direito penal de culpabilidade ao erradicar as medidas de segurança do Código Rocco e ao diminuir, consideravelmente, os efeitos da reincidência. Ainda que

sem apresentar alguma fórmula expressa para o concurso real, certo é que, ao menos através de uma forma expressa, elimina a possibilidade de perpetuação da pena, ao estabelecer o limite máximo de 30 anos (2008, p.196).

Outro marco importante na história das prisões brasileiras foi a Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984) que regulou e regula a disciplina carcerária. Acerca do instrumento normativo afirma Roig que:

Tal diploma, não obstante os inegáveis progressos trazidos, tais como a posição do princípio da legalidade em sede executiva, ainda se encontra influenciado pelo modelo neodefensivista social, consagrando a ressocialização do condenado como objetivo anunciado da pena, reincorporando a noção de periculosidade do agente e primando pela ideia de “tratamento de delinquente.”

No entanto, a mais sentida deficiência da normatização penitenciária contemporânea reside, salvo melhor juízo, na carência de comando legais capazes de eficazmente tolher o enorme discricionarismo administrativo com o qual nos deparamos. É absolutamente imperioso percebermos que a estratégia de controle disciplinar carcerária passa necessariamente pela supressão da intimidade, do autodiscernimento e da confiança do preso no sistema legal de garantias. Tal confiança é rapidamente eliminada quando o indivíduo constata que a efetividade de seus direitos elementares depende do exclusivo alvedrio da autoridade custodiante, e não da potestade do comando normativo, muito distante da realidade da cadeia. Com isso, garantias legais se transformam, quase que por milagre, em benesses da impune e soberana autoridade penitenciária, reforçando os convenientes laços da submissão (2005, p.138).

2.3 CONCEITO DE PRISÃO

A Constituição Federal descreve as diretrizes de todo o sistema jurídico e político brasileiro, meios de legalidade, princípios e garantias, ademais também descreve quando alguém pode ser preso. Artigo 5º LXI da CF – “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei [...]”.

A norma é positivada no artigo 283 do CPP:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Dessa forma, um cidadão somente poderá ser preso seguindo estas condições, caso contrário a prisão será ilegal. É o que afirma o inciso LXVI, do artigo 5º da carta maior: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Em alguns casos a prisão pode ser revogada, quando estiver estabelecido na legislação, podendo ser com ou sem fiança.

Percebemos, pois, que a prisão apresentou mudanças causadas por fatores sociais e históricos. Nos dias atuais o tal conceito não tem causado divergência doutrinária, pois juristas têm, praticamente, o mesmo conceito. Para Nucci, por exemplo, o conceito de prisão é:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. (2015 p.535)

A prisão é, portanto, a privação da liberdade, do direito de ir e vir. No conceito Nucci, engloba as espécies de prisão processual e prisão pena.

Já para Capez o conceito de prisão é:

É a privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da

investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (2016 p.339)

O conceito acima mencionado descreve especificadamente o que pode levar o indivíduo à prisão: A flagrância do delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

Outro renomado jurista, Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 429), descreve a prisão como: “A supressão da liberdade individual, mediante a clausura. É a privação da liberdade individual de ir e vir, e, tendo em vista a prisão em regime aberto e a domiciliar, podemos definir a prisão como a privação, mais ou menos intensa, da liberdade ambulatoria.”

Tourinho Filho cita a individualidade do desaparecimento da liberdade, descrevendo também que a prisão como privação, pode ter mais ou menos intensidade.

Portanto, para, todos os juristas mencionados, a prisão é a privação da liberdade, do direito de ir e vir, podendo ocorrer por causa de flagrante delito ou de ordem da autoridade competente e fundamentada. Consideram a privação da liberdade como forma de pena, sanção ou meramente prisão processual.

2.4 PRISÃO PROCESSUAL OU SEM PENA

A prisão sem pena ou prisão processual, tem finalidade cautelar, buscando assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da futura execução da pena, ou até impedir que o sujeito continue praticando crimes. (CAPEZ, 2016 p.339)

Para ocorrer sua decretação, é preciso o preenchimento dos pressupostos do *periculum in mora*, perigo da demora, que diz respeito que o acusado poderá cometer de delitos, atrapalhar a produção de provas ou desaparecer, impossibilitando a futura execução de pena e *fumus boni iuris*, fumaça do bom direito, a existência de indícios de que o acusado cometeu o delito de que há materialidade para tal.

Compreende três hipóteses: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária (Lei n. 7.960, 1989) (CPP, art. 283, *caput*).

Para Fernando Capez o cabimento da prisão processual ocorre quando fundamentadamente demonstrados os requisitos de urgência e quando não cabível a sua substituição por outra medida cautelar.

2.4.1 Prisão em Flagrante

O termo flagrante vem do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. Ocorre quando o crime está sendo cometido ou acaba de ser concretizado. Sua tipificação esta no artigo 302 do CPP, que descreve:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O autor do crime pode ser preso em flagrante, no momento em que esta praticando o ato, ou acaba de cometer, ainda se for perseguido por qualquer que se presuma autor da infração, ou até mesmo, logo após com materiais, que liguem a pessoa ao crime.

Guilherme de Souza Nucci, assevera:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante

em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). (2015 p.549)

A prisão em flagrante tem como fundamento a constatação do delito de modo manifesto e evidente, assim desnecessária a análise de um juiz de direito para a finalidade cautelar ou provisória da prisão. Assegura-se a colheita de provas de autoria e materialidade, buscando sempre a verdade real, princípio base do Direito Penal. Havendo alguma ilegalidade vislumbrada pelo magistrado a prisão devera ser imediatamente relaxada. (Nucci, pg. 549)

Quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante, Nucci afirma:

A natureza jurídica da prisão em flagrante é de medida cautelar de segregação provisória do autor da infração penal. Assim, exige-se apenas a aparência da tipicidade, não se exigindo nenhuma valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade, outros dois requisitos para a configuração do crime. É a tipicidade o *fumus boni juris* (fumaça do bom direito). (2015 p. 549)

Verifica-se com renomados juristas a existência de varias espécies de flagrante: facultativo; obrigatório; próprio; impróprio; presumido; preparado; forjado; esperado e prorrogado, isto posto, mostraremos breves resumos dos flagrantes mais comuns e estudado.

Flagrante Próprio, Perfeito ou Real:

Positivado no artigo 302, I e II do CPP, no caso do inciso I o agente está cometendo a infração e é surpreendido, podendo seus atos de execução ser reprimidos e o crime deixar de acontecer por forças alheias à sua vontade, com isso o crime pode deixar de ser consumado se a pessoa alheia conseguir impedir o resultado pretendido pelo infrator e ser enquadrado como tentativa. (NUCCI, 2015 p.552)

Observando o inciso II, se o agente infrator acabou de cometer o delito, sua ligação com a cena do crime é evidente, podendo verificar-se a autoria e a

materialidade, leva o infrator a ser preso, pois seu objetivo foi consumado. (NUCCI, 2015 p.552)

Flagrante Impróprio, Imperfeito:

Flagrante impróprio ou imperfeito é aquele em que o infrator é perseguido, logo após, cometer o delito e em situação que faça presumir ser o autor da infração, artigo 302, III do CPP.

O significado da expressão “logo após” empregada neste tipo, é flexível comparado com o termo “acaba de cometê-la” do inciso anterior. Para Capez, a expressa:

Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição. Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. (2016 p.352)

Inexiste qualquer tempo fixo. Por isso, é errônea a crença de que o prazo para a prisão em flagrante é de 24 horas. No flagrante impróprio, pode perdurar por dias desde que a perseguição não seja interrompida. (CAPEZ, 2016 p.353)

Flagrante Presumido ou Ficto:

O infrator deve ser encontrado logo depois da prática do ilícito em situação suspeita, portando instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser o autor do delito, a expressão “logo depois” aparentemente sinônimo corresponde a lapso temporal maior. (NORONHA, 1981 p.535)

2.4.2 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é tratada nos artigos 311 a 316 CPP, que fixa quando, o motivo e por quem ela pode ser decretada. Sua decretação pode acontecer na fase de investigação ou processual, seguindo sempre a ordem do juiz.

Para Fernando Capez prisão preventiva é: “Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.” (2016 p. 367)

Seus fundamentos estão dispostos no artigo 312 do CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Assim, para ser decretada, a prisão preventiva deverá conter pelo menos três requisitos, prova de existência do crime (materialidade), mais indícios de autoria e mais uma situação disposta do artigo (NUCCI, 2015 p. 567). Sua duração não tem previsão legal; e vigorará enquanto os requisitos estiverem preenchidos.

Em relação à garantia da ordem pública, Nucci, explica que: “pode ser visualizada por vários fatores, dentre os quais: gravidade concreta da infração + repercussão social + periculosidade do agente.” (2015 p. 568)

Portanto, a garantia da ordem publica deve ser visualizada por diferentes fatores, se o agente é primário, se o delito é de alta gravidade, se houve repercussão social.

A garantia da ordem econômica é um gênero da citada acima, tem como finalidade reprimir agentes infratores. Verificado-se tal hipótese as de crimes econômicos.

A conveniência da instrução criminal diz respeito, ao fato de que infrator poderá ser preso preventivamente, para não atrapalhar a investigação criminal, impedindo a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos. (NUCCI, 2015 p.570)

Quanto a aplicação da lei penal, Nucci, escreve: “A garantia de aplicação da lei penal significa assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o

exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal.” (2015 p.570)

A prisão preventiva não poderá ser decretada pelo juiz, se o autor da infração cometer o delito e estiverem presentes as excludentes de ilicitude. A decretação, substituição ou negação do juiz deve ser sempre motivada e fundamentada, contudo do mesmo modo que a prisão pode ser revogada com o fim dos requisitos, também poderá ser decretada sempre que houver razões fundadas e justificadas.

2.4.3 Prisão Temporária

A prisão temporária tem legislação própria e específica seu cabimento está no primeiro artigo, Lei nº 7.960, de 1989.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso

b) seqüestro ou cárcere privado

c) roubo

d) extorsão

e) extorsão mediante seqüestro

f) estupro

g) atentado violento ao pudor

h) rapto violento

i) epidemia com resultado de morte

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte

l) quadrilha ou bando

m) genocídio

n) tráfico de drogas

o) crimes contra o sistema financeiro

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo

A decretação da prisão somente poderá ser feita pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco)

dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme expressão do artigo 2º.

A discussão a respeito da prisão temporária é quando ao preenchimento de seus requisitos, posto que existam vários posicionamentos vejamos os mais importantes e discutidos.

Para o primeiro posicionamento e majoritário, o preenchimento do inciso III é indispensável, obrigatório, tendo em vista que ele materializa a fumaça do bom direito, contudo tem que ser preenchido mais um requisito podendo este ser tanto o inciso I ou o inciso II, neste sentido salienta Nestor Tavora que Guilherme Nucci e Antônio Scarance Fernandes seguem este posicionamento. (TÁVORA p.1275)

Prisão Temporária	= Inciso III	+ Inciso I ou Inciso II
-------------------	--------------	-------------------------

Diferentemente, para o segundo posicionamento, Marcellus Polastri Lima e Luiz Flávio Gomes, fundamentam que para a decretação sempre teve estar presentes os incisos I e III, ou seja, quando imprescindível para a investigação criminal e houver fundadas razões nos crimes descritos no inciso III.

Diversamente, para o terceiro posicionamento, como não existe restrições qualquer inciso isoladamente já autoriza a prisão temporária, neste posicionamento encontra-se Mirabete. (TÁVORA p.1276)

Prisão Temporária	= Inciso I ou Inciso II ou Inciso III
-------------------	---------------------------------------

Quanto aos prazos, a prisão temporária tem o prazo de cinco dias podendo ser prorrogado por igual prazo a requerimento do MP para o juiz que analisa o pedido e concede ou não a prorrogação.

No tocante aos crimes hediondos e assemelhantes o prazo é de trinta dias podendo ser prorrogado por igual prazo, seguindo os mesmos critérios citado acima na regra geral dos prazos.

2.5 PRISÃO PENA

Para Fernando Capez prisão pena, descreve:

É aquela imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, trata-se da privação da liberdade determinada com a finalidade de executar decisão judicial, após o devido processo legal, na qual se determinou o cumprimento de pena privativa de liberdade. Não tem finalidade acautelatória, nem natureza processual. Trata-se de medida penal destinada à satisfação da pretensão executória do Estado. (2016 p. 339)

Assim, como afirma outros juristas de renome, a prisão pena é aplicada ao condenado após sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, o acusado somente sofrera a execução da pena imposta pelo Estado, depois que comprovado que o mesmo praticou o delito, isso ocorrerá através do devido processo legal, observando os princípios fundamentais do cidadão.

3. PRÍNCÍPIOS JURÍDICOS E GARANTIA

Podemos observar que o ordenamento jurídico brasileiro tem uma ampla gama de princípios, com objetivo de formar um padrão de interpretação e aplicação do direito positivado, neste capítulo vamos abordaremos alguns princípios que tem relevância com o tema pesquisado. Visto que princípios constitucionais e consagrados no sistema jurídico estão sendo desrespeitados e posto a xequê.

3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, assim como todos os outros princípios, não surgiu em passos acelerados, mas com o passar dos anos, de evoluções sociais e históricas.

Entende-se como primeira aparição em texto legal, em 1791, na França, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe em seu artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, tal princípio é reafirmado, no artigo 11º, que afirma:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Afirma Carvalho:

A primeira aparição em um texto legal da presunção de inocência ocorreu em 1781, na célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França. Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU acolheu-a em 1948. A partir daí, o princípio foi sendo introduzido em diversas legislações, só aportando no Brasil em 1988, com a vigente Constituição. (1992 p.70-71)

O Princípio da presunção de inocência também é conhecido por princípio do estado de inocência ou não culpabilidade. Seu fundamento é que o indivíduo nasce inocente e continuará assim até que fique comprovado o contrário, conforme previsto no texto constitucional: “Artigo 5º LVII CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

A Carta Magna afirma, implicitamente, portanto, o princípio da presunção de inocência.

Alega Mauricio Zanoide de Moraes:

Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão ‘presunção de inocência’ assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminoso e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina ‘quilibet preasumitur bonus, donec contrariam probetur’ (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação. (2010 p.92.)

Segundo Nucci, os seres humanos nascem livres e em estado de inocência. Esse estado somente poderá ser alterado por meio de prova idônea, produzida pelo Estado-acusador, por meio do devido processo legal. (2015 p.73)

Assevera Lopes Junior:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito, e a aplicação da pena serão obtidos através de um processo com todas as garantias ao acusado e por meio de uma sentença devidamente fundamentada (motivação como instrumento de controle da racionalidade). (2006 p.188)

Assegura Mirabete:

Em decorrência do princípio do estado de inocência deve-se concluir que: (a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; (b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; (c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastante, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa [...] (2006 p.23-24)

O princípio mencionado busca favorecer o acusado frente ao Estado-Acusador, uma vez o que é a parte hipossuficiente, ou seja, o Estado tem que criar meios e métodos para comprovar a culpa do acusado não podendo deixar qualquer dúvida, pois nessa sentença, o acusado é inocente.

Para Nucci, o princípio mencionado:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (2015 p.73)

De acordo com Delmanto Junior:

Nesse contexto, negar o direito a presunção de inocência significa negar o próprio processo penal, já que este existe justamente em função da presunção de inocência, afigurando-se, em um Estado Democrático de Direito, como o único instrumento de que dispõe o Estado para, legitimamente, considerar uma pessoa culpada. (2001 p.64)

Segundo o mestre Fernando da Costa Tourinho Filho, quando o acusado não estiver definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo assim sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente será admitida a título de cautela. (2010, p.88)

O mesmo autor escreve que, caso ocorra a prisão do réu antes do trânsito em julgado, estaria sido imposta uma penalidade antecipada, violentando o princípio da presunção de inocência. Salienta ainda:

Não havendo perigo de fuga do indiciado ou imputado e, por outro lado, se ele não estiver criando obstáculo a averiguação da verdade buscada pelo Juiz, a prisão provisória torna-se medida inconstitucional. Se se pretende dar combate ao crime implacavelmente, superlotando as cadeias e decuplicando seu numero, e muito simples: basta riscar da Constituição o princípio da presunção de inocência e mandar as favas o princípio proibitivo das provas obtidas ilícitamente (2010, p.88)

Fernando da Costa Tourinho Filho continua:

Mas, conforme arguta observação do eminente Juiz Adauto Suannes — observação feita, e verdade, alguns anos atrás —, ha uma tendência que se nota com frequência em membros da Magistratura e contra a qual urge lutar, depois de diagnosticada. Muito embora a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” diga que “toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpa venha a sei apurada no curso de processo publico, durante o qual se lhe assegurem todas as garantias necessárias a defesa” (art 11), o comportamento do Juiz, por vezes, sugere exatamente o contrario: *o denunciado é culpado até que prove o contrário..*(cf. Ap. 358.815/4, apud Ada P. Grinover, *O processo constitucional em marcha*, Max Limonad, p 251). (2010, p.89)

Nesse sentido, Tourinho Filho (2010 p.90), defende como já apresentado, a Constituição, como Lei Maior, assegurando que ninguém será considerado culpado antes do trânsito

em julgado da sentença condenatória. Revoga, assim os artigos 393 “São efeitos da sentença condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; e 594 do CPP:

O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Demonstrados uma inconstitucionalidade lógica com a presunção de inocência.

Tourinho Filho, continua sua explicação:

Infere-se do texto constitucional, com uma clareza de doer nos olhos, que o réu tem o direito publico subjetivo de natureza constitucional de apelar em liberdade. Entendimento diverso conferira a Lei das Leis o mesmo destino das folhas minadas e ressequidas das estações outonais. (2010, p.90)

Afirma, o mesmo autor no livro que:

Para que serviria, então, proclamar que “ninguém será considerado culpado ate o transito em julgado de sentença penal condenatória”? Trata-se, a toda evidência (para que não haja ultraje ao legislador constituinte), de um direito do cidadão. E direito fundamental, posto que inserido no art. 5º da Lei Maior Direito a que? Direito de ver respeitada a sua liberdade ambulatoria. Direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Direito de não sofrer a punição antecipadamente. Esse o real sentido da expressão “presunção de inocência”, E, de fato, a exigência de cumprimento da sentença condenatória antes do transito em julgado implica verdadeira antecipação de pena. (2010, p.96)

Por fim, como se pode observar na leitura dos autores citados, o princípio da presunção de inocência não deve ser desrespeitado. Porque que é direito fundamental, positivado na

Carta Magna, maior lei de todo ordenamento jurídico, direito adquirido por todos os cidadãos, por meios duros e árduos.

3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, surgiu em razão às mortes de civis da Segunda Guerra Mundial, buscando reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano.

A dignidade da pessoa humana é inerente a qualquer pessoa.

“São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem” (ALEXANDRINO, 2016, p. 136).

De acordo com Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar anecessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos* e a busca ao Direito à Felicidade. (2016, p.74-75)

A Carta Magna traz a dignidade da pessoa humana no inciso III, artigo 5º da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

Na esfera penal, ao aplicar o *jus puniendi*, o Estado não pode deixar de franquear um tratamento digno ao indivíduo acusado de ter praticado uma infração penal ou ao presidiário.

3.3 PRINCÍPIO DA DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LIV, diz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

De acordo com Capez (2016, p. 115):

Consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*dueprocessoflaw*– CF, art. 5º, LIV). No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Cita ainda que (2016, p.109):

Devido processo legal é aquele em que estão presentes as garantias constitucionais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, o juiz natural, a imparcialidade do juiz e a inércia jurisdicional (*neprocedatiudexofficio*).

Para Távora (2016, p.65), “o devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais.”

O processo deve ser uma ferramenta contra os abusos do Estado. É assim, garantia suprema do *jus libertatis*. (TÁVORA, 2016, p.66).

Em suma, garante à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade, bem como de seus bens, sem que haja a tramitação de um processo conduzido na forma estabelecida em lei.

3.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Consagrado no artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal, o princípio garante o direito à livre locomoção no território nacional em tempo de paz, autorizando diretamente a qualquer pessoa o ingresso, a saída e a permanência, inclusive com os próprios bens (MORAES, 2016, p. 247).

No mesmo artigo, no inciso LXI, a Constituição assegura que:

[...]

LXI. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

[...]

O Superior Tribunal de Justiça proclamou que a liberdade é bem indisponível no Estado de Direito Democrático, Portanto, não cabe a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo e Judiciário, dispor-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei (MORAES, 2016, p.247-248).

3.5 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Por sua vez, o princípio da verdade real consiste na importância de realizar durante a tramitação do processo todas as diligências e providências necessárias para que o *jus puniendi* recaia aquele que efetivamente praticou ou concorreu para a infração penal (AVENA, 2017, p.44).

Nesse sentido, Avena (2017, p.45) afirma que a busca pela verdade não pode implicar na violação de direitos e garantias estabelecidos na legislação, isto é, é uma procura sujeita a limites, não podendo o Estado, sobrepor-se à Constituição e às leis a fim de alcançar a justiça.

Nas palavras de Nucci (2015, p.96), “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado *deve* buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.”

Tal princípio encontra respaldo no artigo 566, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.”

Depreende-se, portanto, que se o ato processual não contaminou a apuração dos fatos, ele não pode ser declarado nulo.

3.6 PRINCÍPIO FAVOR REI

Segundo o princípio Favor rei, também conhecido como *in dubio pro reo*, o surgimento de duas interpretações de uma norma legal (antinomia interpretativa) resulta na aplicação daquela que mais for favorável ao indivíduo (TOURINHO FILHO, p.98).

Leciona Nucci, (2015, p.74), que se interpretados os dispositivos processuais, ainda houver dúvida, deve-se acolher a versão mais favorável ao infrator, pois presume-se ser ele inocente até prova em contrário.

Complementa Avena:

Por meio deste princípio, privilegia-se a garantia da liberdade em detrimento da pretensão punitiva do Estado. Apenas diante de certeza quanto à responsabilização penal do acusado pelo fato praticado é que poderá operar-se a condenação. Havendo dúvidas, resolver-se-á esta em favor do acusado. Ao dispor que o juiz absolverá o réu quando não houver provas suficientes para a condenação, o art. 386, VII, do CPP agasalha, implicitamente, tal princípio. (2017, p. 59)

A dúvida é sempre utilizada em benefício do acusado. Diante disso, o Estado deve deixar de exercer o *jus puniendi* para que prevaleça a liberdade do infrator (TÁVORA, 2016, p. 66).

3.7 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

O pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em seu 8º artigo, discorre sobre as garantias judiciais da pessoa, dentre elas, o direito de ser atendida dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente.

De acordo com Nucci (2015, p.87): “É incumbência do Estado procurar desenvolver todos os atos processuais no menor tempo possível, dando resposta imediata à ação criminosa e poupando tempo e recursos das partes.”

A Carta Magna, no artigo 5º, inciso LXXVIII, prevê o princípio da celeridade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação**. (destacamos)

[...]

Aliado à celeridade processual, a reforma constitucional buscou a eficácia na prestação jurisdicional e um maior acesso à justiça. Nesse sentido é a concentração dos atos em audiência única (art. 400, CPP), número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população (93, XXIII, da CF), imediatidade, identidade física do juiz (CAPEZ, 2016, p.105-106).

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1 PRECEDENTE ANTERIOR

O Supremo Tribunal Federal, no dia 5 de Fevereiro de 2009, decidiu a respeito do Habeas Corpus nº 84.078, o resultado da votação foi de 7 x 4 declarando a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, antes da sentença irrecorrível, o relator do julgamento foi o Ministro Eros Grau, com embasamento no artigo 1º, III e 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Observamos abaixo, a Ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. **A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".**

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, **restrição do direito de defesa**, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: **"Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".**

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão

inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, **o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola** [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] são do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- **"a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição"**. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo **unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado**. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a **propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas**.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). **É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida**.

A ementa versa sobre os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, assegurando que a execução provisória da pena é ilegal, admitindo somente a prisão antes do trânsito em julgado como medida cautelar. Afirma que o princípio da Ampla Defesa é inerente a todo o processo penal, desde a primeira instância até os recursos extraordinários.

Menciona como embasamento também o RE, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, onde o julgamento foi unânime decidindo que os vencimentos de servidores públicos afastados por responderem processo penal não podem ser reduzidos sem o devido processo e antes de condenação irrecorrível, sendo assim, se não pode executar sentença provisória de cunho patrimonial. Não poderá executar pena provisória onde restringe o direito a liberdade de ir e vir do cidadão, uma garantia fundamental e de maior relevância comparando com o patrimônio.

Dispõe o Ministro Celso de Mello em seu voto o habeas corpus 96095, que diz:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. ° LXI e LXV) – não **pode ser ofendida** por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, **fundadas** em **preocupante** discurso de conteúdo autoritário, **culminam por consagrar**, paradoxalmente, **em detrimento** de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, **a ideologia da lei e da ordem.**

Mesmo que se trate de pessoa acusada **da suposta** prática de crime hediondo, **e até que sobrevenha** sentença penal condenatória **irrecorrível**, **não se revela possível** – por efeito **de insuperável** vedação constitucional (CF, art. ° LVII) – **presumir-lhe a culpabilidade.**

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, **sem que exista**, a esse respeito, decisão judicial condenatória **transitada em julgado.**

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, **consagra**, além **de outras** relevantes consequências, **um regra de tratamento que impede** o Poder Público de agir **e** de se comportar, **em relação** ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado **ou** ao réu, **como se estes** já houvessem sido condenados, **definitivamente**, por sentença do Poder Judiciário. **Precedentes.**

(**HC 96.095/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO) p.65 PDF

Observando o HC de relatoria do ministro Celso de Mello, verifica-se que independente do ato criminoso que o acusado, réu, cometeu o mesmo só poderá ser considerado culpado após o devido processo legal e por meio de uma sentença condenatória irrecorrível.

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes, até** que sobrevenha condenação penal transitada em julgado – **está consagrada não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros** países (**como** o Brasil), **mas**, também, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como** a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948), a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2000), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (1990), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos. (1969). P.70

Apenar de o princípio estar positivado constitucionalmente como direito fundamental com a promulgação da Constituição Federal em 1988, verificamos que o mesmo princípio já estava consagrado em importantes declarações internacionais.

Afirma Celso de Mello, que:

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob perseguição penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada, a presunção de que é inocente. P.72

O Ministro Gilmar Mendes, conclui que:

Por tais motivos, firme no entendimento de que a ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º LVII, da Constituição Federal, defiro a ordem de habeas corpus. P.164

Assegura o mesmo Ministro, que a prisão antes do trânsito em julgado, o acusado somente poderá ser levado a prisão de forma preventiva, observando os dispositivos legais. O Ministro Carlos Brito, menciona em seu voto:

E, daqui, Senhor Presidente, tenho que me remeter para o inciso LXI do art. 5º para saber em que termos esse direito à presunção de não culpabilidade foi relativizado, foi mitigado, porque, somente em uma passagem é que a nossa Constituição quebranta a força desse direito: Foi no inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito...” É a confirmação do inciso LXI nessa parte inicial do enunciado normativo. Ou seja, a regra é a

liberdade. Ninguém será preso. Esta é que a regra. Ninguém será preso senão em flagrante delito. Então, o flagrante delito, este, sim, relativiza o direito à presunção de não culpabilidade para o fim de prisão. P.105

A regra para cidadão brasileiro ou estrangeiro que esta no Brasil é a liberdade, com base na presunção de não culpabilidade, podendo a mesma presunção ser posta xeque com o flagrante delito.

O Ministro Eros Grau garante em seu voto, que:

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou prisão preventiva”⁶. p.9

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: “... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento de pena. (...) E antecipação de execução da pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado e condenação, são coisas, data vênica, que se ‘hurlet de se trouver ensemble’”. Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1988, da “antecipação provisória do cumprimento da pena”. Aqui, mais do que diante de um princípio explícito de direito¹², estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. P.14-15.

Não existe amparo legal para determinar a antecipação da pena de prisão, sabendo que dispositivos legais, são claros como à luz do sol e precisos como a noite e o dia se tratando do tema em tela. O Relator do julgamento conclui:

[...] Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate de garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese se entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça à liberdade alcança de modo efetivo as classes subalternas. P.18-19

A legislação que dependem de interpretação, hermenêutica, via de regra, são interpretadas para favorecer as elites, como vimos à defesa do patrimônio, em sentido oposto, regra objetivo sem necessidade de interpretação, basta uma simples aplicação não dever ser interpretadas de forma contrária a escrita, podendo causar uma reedição da legislação por meio dos julgadores.

Para o Ministro Cezar Peluso:

[...] o ordenamento jurídico-constitucional não tolera, por força do princípio, que o réu, no curso do processo penal, sofra qualquer medida gravosa, cuja justificação seja um juízo de culpabilidade que ainda não foi emitido em caráter definitivo. Toda medida que se aplique, mediante lei, ao réu, no curso do processo, e que não possa ser justificada ou explicada por outra causa jurídica, senão por um juízo de culpabilidade, ofende a garantia constitucional. P.116 (grifei)

E a razão é óbvia, não apenas pela irreversibilidade das medidas gravosas, sobretudo da prisão, diante dos riscos de privação da liberdade de um inocente – e recordei, há pouco, aquela outra observação de Beccaria de que nem a sociedade, nem a humanidade ganham coisa alguma com a restrição de liberdade de alguém que a final seja considerado inocente-, como porque, e sobretudo, ofende um sentimento inato de justiça, que até as crianças têm. Uma criança é capaz de se rebelar contra punição injusta! P.116 (destaquei)

Ora, não consigo conceber um processo justo onde se aplique a alguém, pelo mero fato de ser réu, medida gravosa e de caráter irremediável, como é a privação de sua liberdade. Um processo que permita execução provisória de pena, sem juízo definitivo de condenação e, o que releva, sem reconhecimento definitivo de culpa, decididamente pode ser legal, mas justo não é, e não sendo justo, não é processo que atenda ao princípio constitucional. P.118

Outro inteligência, com o devido respeito, esvaziaria essa garantia constitucional ou a rebaixaria a provisão de ordem absolutamente secundária, senão inútil, que bem poderia corresponder a absoluta inconsequência do ponto de vista prático. Por quê? Porque passaria a ser enunciado de caráter só moral da Constituição, que consideraria o réu no processo como se fora inocente, mas para nenhum efeito! P.118

Por fim, profere o voto o Ministro Marco Aurélio que:

[...] Indago: presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica. P.132

Observando os votos dos Ilustríssimos Ministros do STF, não existe argumento jurídico suficiente para, usurpar o Direito á liberdade de ir e vir de qualquer cidadão antes de proferida sentença penal irrecorrível, independente do crime, salvo a título de cautelar.

A luz dos dispositivos legais claros e isentos de interpretação, nada pode retirar do individuo o Direito Fundamental que o mesmo tem em todas as fases processuais, reitero, todas as fases processuais de ser presumido inocente, lembrando que se houver interpretação poderá acontecer distorção do alcance real.

Para finalizar, a restrição de uma pessoa de sua liberdade de ir e vir, em hipótese alguma poderá ser restituída, posto que nada paga ou devolve o tempo de liberdade perdido.

4.2 PRECEDENTE ATUAL – VOTOS VENCIDOS

Nesse tópico, vamos observar os votos vencidos dos ministros do STF, suas justificativas para continuarem com o pensamento no mesmo sentido do recente Habeas Corpus 84078, de relatoria do ministro Eros Grau, onde não se permite a execução provisória da prisão.

Segundo o voto do ministro Marco Aurélio:

Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro. p.77 (Destacamos)

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. p.77-78 (Destacamos)

O ilustríssimo ministro Marco Aurélio, cita “ontem” refere-se ao julgamento do HC 84.078, de 05 de Fevereiro de 2009, onde o STF decidiu como não sendo possível a execução provisória da pena.

Ainda, entende que a norma constitucional em plano não permite interpretações, pois, é nítida e precisa sua interpretação, destacando que se o magistrado interpretar a norma de outro modo a não ser o expresso em lei, pode ser reescrita a norma Jurídica, como aconteceu lamentavelmente nesse julgamento.

Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. p.78

Peço vênica para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade. Qual é esse significado, senão evitar que se execute, invertendo-se a ordem natural das coisas – que direciona a apurar para, selada a culpa, prender –, uma pena, a qual não é, ainda, definitiva. E, mais, não se articule com a via afunilada, para ter-se a reversão, levando em conta a recorribilidade extraordinária, porque é possível caminhar-se, como se caminha no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, para o provimento do recurso especial ou do recurso extraordinário. p.79 (Destacamos)

O princípio da não culpabilidade é empregado para extinguir exageros e autoritarismo do Estado-acusador, o mesmo princípio esta sendo colocado em cheque, uma vez que autorizado a execução provisória da pena.

Outro voto vencido é do Ministro Celso de Mello, que se inicia o voto dizendo: “**Registre-se, desde logo**, Senhor Presidente, **que a presunção de inocência representa uma notável conquista histórica** dos cidadãos em sua **permanente** luta **contra** a opressão do Estado e o abuso de poder.” p.80

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembléia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. p.81

Observamos que o princípio da presunção de inocência, foi criado para acabar com abusos de regimes extremistas e radicalistas e com a idéia de proteger o cidadão. Acrescentando, o mesmo ministro diz:

É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado, tal como tem advertido o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte:

“O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) p.85

A Carta Magna, trás expressamente quais são as funções do Estado, bem como proteções coletivas, individuais e garantias do cidadão, impedindo que o mesmo sofra punições por ser a parte hipossuficiente, da relação entre Estado e cidadão.

Não importa a gravidade do delito que o cidadão esta sendo acusado, até que tenha uma sentença penal irrecorrível, não será possível depositar sobre o acusado a culpa.

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (*"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*), **estabelece, de modo inequívoco**, que a presunção de inocência **somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória.

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, *entre outros Estados democráticos*, cujas Constituições, **ao contrário** da nossa, **não impõem a necessária observância** do trânsito em julgado da condenação criminal.

Como feito pelo Ministro Teori Zavascki, não se pode comparar o Brasil e a Constituição Federal Brasileira com a de outros países democráticos, como por exemplo, Canadá, Inglaterra e Alemanha, pois a Lei Maior brasileira é: **"Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência."**

Quando esta Suprema Corte, **apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada** da condenação criminal, **nada** mais faz, *em tais julgamentos*, **senão** dar ênfase e conferir amparo a um direito fundamental **que assiste a qualquer cidadão: o direito de ser presumido inocente** até que sobrevenha condenação penal **irrecorrível**.
p.88

O Supremo Tribunal Federal, não pode executar condenação criminal recorrível, embasando-se na presunção de inocência do acusado, sabendo que sua presunção perdurará até o trânsito em julgado se sentença penal irrecorrível.

Não custa rememorar que essa prerrogativa básica – **a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado** – **está consagrada não só** nas Constituições democráticas **de inúmeros países (como o Brasil), mas, também,** como anteriormente assinalado, **em importantes declarações internacionais** de direitos humanos, **como a Declaração Universal** dos Direitos da Pessoa Humana (1948), **a Convenção Européia** para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), **a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia** (2000), **a Carta Africana** dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), **a Declaração Islâmica** sobre Direitos Humanos (1990), **o Pacto Internacional** sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e **a Convenção Americana** de Direitos Humanos (1969). p.89-90

Se a Carta Magna brasileira não for suficiente para declarar a inocência do acusado, até o trânsito em julgado se sentença penal irrecorrível, o Estado brasileiro e outros países democráticos assinaram e aderiram declarações internacionais, com o intuito de positivas garantias dos cidadãos e colocá-las em prática em grande parte do mundo.

Afirma, fundamentando seu voto o ministro Celso de Mello, diz:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito** em julgado da sentença penal condenatória, **como claramente estabelece**, em texto inequívoco, a Constituição da República. p.93

O disposto pelo ministro tem grande relevância ao tema abordado no presente trabalho, tendo em vista, que não importa se o acusado for condenado em primeira instância, mantido a posição no Tribunal, ainda deverá o acusado ser presumido inocente, a luz do texto Constitucional inequívoco.

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, **no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se** o trânsito em julgado da condenação criminal, **demonstrando, à luz de dados estatísticos**, uma realidade **que torna necessário** respeitar-se a presunção de inocência.

Disse Vossa Excelência, **então**:

*“(...) **trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo percentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.**” (grifei) p.93-94*

Analisando os números que o ministro Ricardo Lewandowski apresentou no julgamento ADPF 144/DF, essa estatística é alarmante, posto que se 28,5% dos recursos são reformados total ou parcialmente pelo STF. Pensando hipoteticamente, se um acusado for condenado no Tribunal e sua pena de prisão começa a ser cumprida provisoriamente, após anos e anos seu recurso é julgado pelo STF e sua sentença é reformada totalmente, seus anos de prisão jamais poderão ser recompensados pelo Estado, sabendo que dinheiro ou qualquer outra coisa no mundo jamais pagará os anos longe de sua liberdade.

Finalizando o brilhante e coerente voto o ministro Celso de Mello, descreve:

Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostraria inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, **que condiciona** a execução da pena **privativa** de liberdade **à existência** de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.” (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas **restritivas** de direitos:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que **nenhuma** execução de condenação criminal em nosso País, *mesmo se se tratar de simples pena de multa*, pode ser implementada **sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado** da sentença penal condenatória. p.94

Considerando todo o voto do ministro Celso de Mello, podemos observar e analisar que para levar um acusado para a execução provisória da pena não tem embasamento legal, reafirmando que a Constituição é clara e não deixa margem para interpretação em seu artigo 5º LXII, verificando as leis infraconstitucionais, decretos internacionais, não se admite em hipótese alguma um autoritarismo como esse proferido por tal decisão.

O ministro Ricardo Lewandowski, também tem seu voto vencido no julgamento do HC 126.292, mas sua explanação e fundamentação através de dados devem ser estacadas:

Quer dizer, em se tratando da liberdade, nós estamos decidindo que a pessoa tem que ser provisoriamente presa, passa presa durante anos, e anos, e anos a fio e, eventualmente, depois, mantidas essas estatísticas, com a possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição, não terá nenhuma possibilidade de ver restituído esse tempo em que se encontrou sob a custódia do Estado em condições absolutamente miseráveis, se me permite o termo.

Eu queria, também, finalizar e dizer o seguinte: eu tenho trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional, dizendo que nós temos hoje no Brasil a quarta

população de presos, em termos mundiais, logo depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia, nós temos seiscentos mil presos. Desses seiscentos mil presos, 40%, ou seja, duzentos e quarenta mil presos são presos provisórios. Com essa nossa decisão, ou seja, na medida que nós agora autorizamos, depois de uma decisão de segundo grau, que as pessoas sejam presas, certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos. P.101 (grifei)

Seguindo dados estáticos, as penitenciárias brasileiras já tem um número exorbitante de presos, sendo a quarta maior população de presos no mundo, contrariamente com países desenvolvidos da Europa, onde as populações carcerárias estão diminuindo, com o novo entendimento, após esse julgamento, o número de presos vão aumentar e conseqüentemente a injustiça.

4.3 REPERCUSSÃO

Posteriormente a decisão controversa do Supremo Tribunal Federal, autorizando a prisão do acusado após condenação de 2º instância, houve uma grande repercussão em todo o ordenamento jurídico.

A maioria dos pensamentos a respeito do assunto foi que o STF, agiu de forma no mínimo equivocada, violando o claro e preciso dispositivo Constitucional que trata da matéria, entre tanto, para a minoria a decisão foi correta.

Pouco tempo depois do proferido julgamento, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ajuizaram no STF, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, como vinculou a matéria no site do Supremo, que traz:



Brasília, 10 de agosto de 2017

Notícias STF

Segunda-feira, 30 de maio de 2016

Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência

O Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), com pedido de liminar, visando ao reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do artigo 283* do Código de Processo Penal (CPP), inserida pela Lei 12.403/2011. Para as entidades, a norma visa condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Na ADC 43, o PEN sustenta que o dispositivo é uma interpretação possível e razoável do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Já a OAB, na ADC 44, argumenta que a nova redação do dispositivo do CPP buscou harmonizar o direito processual penal ao ordenamento constitucional, espelhando e reforçando o princípio da presunção da inocência. Em ambos os casos, o pedido de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP surgiu da controvérsia instaurada em razão da decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus (HC) 126292. Naquele julgamento, por maioria, o Plenário considerou válido o cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, retomando o entendimento jurisprudencial que prevalecia até 2009.

ADC

43

O PEN sustenta que a reformulação da jurisprudência ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP, introduzido em 2011, que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. O partido argumenta que a decisão é incompatível com a norma do CPP e, por este motivo, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria que ter declarado sua inconstitucionalidade.

Em caráter cautelar, o partido pede que não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso. O partido também pede que, até o julgamento da ADC 43, sejam libertadas as pessoas que estão encarceradas sem decisão condenatória transitada em julgado.

Subsidiariamente, caso o primeiro pedido seja indeferido, requer que seja dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do CPP para determinar, até o julgamento final da ação, a aplicação das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância.

Ainda subsidiariamente, o partido pede que, se os pedidos cautelares anteriores não forem acolhidos, seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial.

“Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no artigo 283 do CPP – o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão –, fica demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória”, argumenta o PEN.

ADC

44

A OAB alega que a decisão no HC 126292 tem gerado um “caloroso debate doutrinário” e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, o que, conforme a

entidade, pode ameaçar a segurança jurídica além de restringir a liberdade do direito de ir e vir. Observa que, apesar da decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo país **passaram a adotar posicionamento idêntico, “produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”**, o que viola a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante 10, do STF. A OAB alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 283 do CPP, tal omissão leva à conclusão de que o dispositivo permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Por isso, pede a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com base no HC 126292, ignoraram o disposto no artigo 283 do CPP. No mérito, o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* [para todos] e efeito vinculante. O relator das ADCs 43 e 44, ministro Marco Aurélio, determinou o apensamento das ações para que o julgamento possa ser realizado em conjunto.

EC,PR/CR

**Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.*

Feito o ajuizamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade pelas respectivas instituições, STF julgou e manteve seu posicionamento autorizando a prisão do acusado após condenação em 2º instância, com o número de votos 6x5 reafirmando o posicionamento.

Vejamos a reportagem divulgada no site g1.com:

05/10/2016 20h36 - Atualizado em 06/10/2016 10h03

Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância

Por 6 a 5, maioria dos ministros manteve entendimento fixado em fevereiro. OAB e PEN queriam que condenados pudessem recorrer em liberdade.

Votos **a** **favor**
Nesta quarta, na retomada do julgamento, o primeiro a votar foi o ministro **Edson Fachin**. Ele lembrou que o entendimento segundo o qual pode ocorrer a prisão após a segunda instância vigorou no STF da promulgação da Constituição, **em 1988, até 2009.**

“Em 21 anos dos 28 que hoje completa a Constituição, vigorou essa compreensão. Foram mais de duas décadas sob a égide da Constituição, tempo no qual as portas do Supremo para proteger a liberdade jamais se fecharam por esse motivo”, ressaltou Fachin.

Em seu voto, também favorável à prisão depois da condenação em segunda instância, o ministro **Luís Roberto Barroso** deu como exemplo o caso de um homicídio cometido em 1991 cuja condenação ainda não havia transitado em julgado em 2016, quando o processo chegou ao Supremo.

“Punir em 2016 um crime cometido em 1991 não atende a nenhuma demanda de justiça da sociedade brasileira [...] O sistema de Justiça brasileiro, como era, frustra na maior medida o sentimento de justiça e senso comum de qualquer pessoa que tenha esses valores em conta”, ponderou o magistrado.

Também favorável à execução da pena antes do encerramento dos recursos, **Teori Zavascki** ressaltou que é na primeira e na segunda instâncias que os tribunais analisam os fatos e as provas de um crime. Por regra, o STJ e STF podem apenas examinar questões jurídicas dos julgamentos anteriores.

“Nessas circunstâncias, tendo havido em segundo grau um juízo de incriminação do acusado fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e própria inversão para o caso concreto do princípio da presunção da inocência até então observado”, avaliou o ministro.

Zavascki destacou que, em outros países, a pena de prisão ocorre antes do trânsito em julgado, citando Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha, Argentina.

Ao votar a favor da prisão após a segunda instância, **Luiz Fux** criticou a “inefetividade” do processo penal, ao não executar a pena a que alguém foi condenado. Em várias vezes, o ministro lembrou do jornalista Pimenta Neves, assassino confesso que recorreu em liberdade por 11 anos.

“Estamos preocupados com o direito fundamental do acusado e nós estamos esquecendo do direito fundamental da sociedade, que tem evidentemente a prerrogativa de ver aplicada sua ordem penal”, disse Fux.

Em seu voto, também pela prisão depois da condenação em segunda instância, **Gilmar Mendes** argumentou que as etapas do processo penal indicam uma gradação que permite formar convicção sobre a culpa do suspeito, após a condenação.

“Uma coisa é termos alguém como investigado. Outra coisa é termos alguém como denunciado. Outra coisa é ter alguém com condenação. E agora com condenação em segundo grau. O sistema estabelece uma progressiva derruição da ideia de presunção de inocência”, defendeu Gilmar Mendes.

Coube à presidente do STF, desempatar o julgamento, votando a favor do início da pena após a segunda instância. **Cármem Lúcia** lembrou que já havia se posicionado desta maneira em um julgamento de 2010.

“Quando a Constituição estabelece que ninguém poderia ser considerado culpado até a sentença condenatória transitada em julgado não excluía a possibilidade de ter o início da execução”, observou a presidente do Supremo.

Votos

contra

Em setembro, quando começou o julgamento, o relator do caso, ministro **Marco Aurélio Mello**, votou contra a prisão depois de condenação em segunda instância.

“A literalidade do preceito não deixa margens para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante a supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória”, afirmou Marco Aurélio na ocasião.

Ao votar contra a prisão antes do fim dos recursos, a ministra **Rosa Weber** disse ter feito uma interpretação semântica e gramatical da Constituição.

“Se a Constituição, no seu texto, com clareza, vincula o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar a uma interpretação diversa, ainda que comungue com a imensa das premissas que embasaram os votos da divergência.”

O ministro Dias Toffoli, por sua vez, defendeu que a prisão no processo penal **só possa ocorrer após a condenação em terceira instância**, que ocorre no **Superior Tribunal de Justiça**. Toffoli mudou seu entendimento em relação ao julgamento de fevereiro, quando defendeu a execução da pena após a condenação em segunda instância.

O magistrado argumentou que, embora não discuta as provas e fatos da acusação, o STJ uniformiza a interpretação do Código Penal. Ele deu como exemplo entendimentos diferentes sobre a aplicação da lei penal em vários tribunais de justiça estaduais.

“Eu penso, em qualquer que seja a decisão, devemos dizer qual marco do trânsito em julgado, o momento em que se atinge certeza no grau de culpa, autoria e materialidade do delito. Não há dúvida que essas análises todas estão reservadas no Superior Tribunal de Justiça, pela missão de zelar pela higidez da legislação processual penal”, argumentou o ministro.

O mesmo raciocínio foi expresso por **Ricardo Lewandowski**, que lembrou que **cerca de 32,3% dos habeas corpus que chegam ao STJ levam a mudanças na pena, ainda que para abrandar o regime de cumprimento da pena**.

“Isso indica que houve algum tipo de erro, ainda que seja um erro processual, um erro quanto ao regime prisional. Se se mantiver alguém em regime fechado que deve cumprir sua pena em regime aberto, isso é abominável ao meu ver. Só por isso já não se justifica a prisão após a decisão de segundo grau”, advertiu Lewandowski.

Por fim, **Celso de Mello** enfatizou a importância da **presunção de inocência, como “valor fundamental e exigência básica do postulado da dignidade da pessoa humana”**.

“Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível presumir-lhe a culpabilidade”, defendeu o ministro mais antigo do STF.

Analisando os votos e fazendo um comparativo com o julgamento que lamentavelmente autorizou a prisão antes do trânsito em julgado, verificamos que somente o Ministro Dias Toffoli, modificou seu voto apontando que a prisão do acusado poderá acontecer após o julgamento do recurso pelo STJ.

Prisão após segunda instância volta a dividir posições de ministros do Supremo

Entendimento foi firmado há um ano e três meses e ministros autorizaram prisão imediata após condenação em 2ª instância; tema voltou a ser discutido na Corte.

Por Jornal Nacional

26/05/2017 20h58 Atualizado 26/05/2017 21h13

Uma das principais medidas adotadas no Supremo Tribunal Federal para combater a impunidade foi a legalidade da prisão de condenados **após a revisão da segunda instância**. Nesta semana, porém, a questão voltou a ser discutida.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi firmado há um ano e três meses. Os ministros autorizaram a prisão imediata após a condenação na segunda instância da Justiça. Antes, os réus respondiam em liberdade até o último recurso. A decisão foi por sete votos a quatro.

Essa decisão levou para a cadeia criminosos que conseguiam adiar por anos a execução da pena através de recursos aos tribunais superiores.

O ex-senador Luiz Estevão, por exemplo, foi condenado em segunda instância em 2006. Ficou dez anos solto. Por causa da decisão do Supremo, agora **cumprirá pena no presídio da Papuda**, em Brasília.

Em outubro de 2016, a Corte voltou ao tema ao analisar duas ações que questionavam a última decisão. O entendimento foi mantido, mas com placar apertado: 6 a 5.

O ministro Gilmar Mendes votou para manter a execução da pena em segunda instância, alegando que, após duas instâncias, é possível formar convicção sobre a culpa do suspeito.

O acórdão do recurso extraordinário 964.246 reconheceu a repercussão geral, ou seja, que os juízes das instâncias inferiores devem sempre observar o entendimento do Supremo sobre a prisão após a condenação em segunda instância.

O documento diz: "Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pela Constituição."

Mas na última terça, **Gilmar sinalizou que pode mudar de ideia sobre a prisão em segunda instância**. Foi na sessão da Segunda Turma, onde são julgados os recursos da Lava Jato como, por exemplo, pedidos de liberdade.

Para o ministro, a prisão em segunda instância é uma possibilidade jurídica, não uma obrigação. No voto escrito, Gilmar Mendes disse: **"Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ."**

Nesta sexta, o ministro reforçou que a obrigatoriedade da prisão em segunda instância pode levar a injustiças e por isso defendeu uma revisão da decisão.

"O problema é que está havendo uma enxurrada de casos em que, às vezes, há recursos pendentes, plausíveis até, isso tem que ser avaliado, e se decreta desde logo a prisão. Então, estamos dispostos a rever", disse o ministro.

"Só que colocaria mais uma instância que examina essas questões. O que me impressionou muito com esse argumento foi o grupo da defensoria que mostrou resultados estatísticos bastante plausíveis e nós estamos falando aí de réus pobres", acrescentou.

A manifestação de Gilmar Mendes tem sido discutida internamente entre os ministros. Como a última votação, pela execução da pena em segunda instância, foi decidida por somente um voto de diferença, há o risco de o tribunal rever sua decisão, caso a questão seja posta em discussão novamente.

Gilmar pode virar esse jogo e formar maioria contra a prisão em segunda instância.

O mais novo integrante do Supremo, o ministro Alexandre de Moraes, é o único que não votou sobre esse tema porque chegou depois das decisões. Publicamente, ele já disse que não há ilegalidade e, ainda, que cabe à segunda instância decidir sobre a prisão de condenados. Foi em fevereiro, na sabatina no Senado para se tornar ministro do Supremo.

"Não é inconstitucional a prisão em segunda instância. Como vossa excelência disse, não há uma determinação legal, mas também não há um impeditivo. Quem deve decidir sobre isso é o tribunal de segunda instância, exatamente porque, e esse é o fundamento jurídico que coloco, são primeira e segunda instâncias que podem analisar os fatos, o mérito da questão, ou seja, primeira e segunda instâncias que podem analisar provas", disse.

O debate também preocupa a Lava Jato. O procurador da força-tarefa em Curitiba Carlos Fernando Lima disse que uma eventual mudança prejudicaria a operação. E mais: "Sempre interfere na Lava Jato, mas é mais do que isso. Ela interfere naquilo que nós temos como justiça penal. Não é possível uma justiça penal que nunca efetivamente seja cumprida, pelo menos em relação aos criminosos de colarinho branco".

Para a procuradora Silvana Batini, a execução da pena a partir da segunda instância passou uma mensagem de eficiência da Justiça para a população e, se houver uma mudança, o combate a corrupção seria prejudicado.

"A possibilidade do cumprimento da pena a partir da segunda instância é adotada em vários países democráticos e isso representaria um avanço no Brasil hoje no combate, não só à corrupção, como à criminalidade em geral, mas especialmente nesse momento uma revisão desse entendimento seria um retrocesso no combate a corrupção, sem dúvida", afirmou.

Não há sessão marcada para que o assunto seja oficialmente rediscutido, mas o ministro Luis Roberto Barroso afirmou que mudar o entendimento do Supremo seria um retrocesso.

"Um tribunal sempre pode mudar a sua orientação, mas isso só se justifica quando haja uma mudança relevante na realidade ou uma mudança na percepção social do direito. Aqui, infelizmente, não houve nenhuma mudança na realidade. A corrupção ainda continua em grande escala e tampouco a percepção do direito. A sociedade está clamando pela punição dessas pessoas que vivem do desvio de dinheiro público, de modo que não vejo nenhuma razão para modificar um modelo que começou a dar certo", declarou.

Com o passar do tempo desde a mudança de posicionamento, o Ministro Gilmar Mendes analisou que injustiças estavam sendo cometidas e os dados estatísticos, são desfavoráveis para continuar com seu voto autorizando a prisão após 2º instância, posto que aproximadamente um terço das decisões proferidas pelo STF é de alterações de sentenças.

STF: Ministros citam equívocos na interpretação da decisão sobre prisão após 2º grau

Voto do ministro Lewandowski levantou reflexão sobre absurdos que se perpetuam no Judiciário.

Terça-Feira, 8 de agosto de 2017

Durante o julgamento de um HC na tarde desta terça-feira, 8, o ministro Lewandowski teceu severas críticas à decisão do Supremo de autorizar a prisão após condenação em 2º grau. S. Exa. **afirmou que a decisão da Corte, tomada por maioria, tem sido interpretada de forma equivocada por juízes e membros do MP.**

"A partir da decisão do STF, a qual, por decisão majoritária, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica."

Na esteira da manifestação, outros ministros citaram casos absurdos que tiveram conhecimento, dando a entender que essa decisão está sendo aplicada de forma equivocada. **Até o ministro Gilmar Mendes - que votou com a corrente majoritária em 2016 - falou em "autocrítica".**

Vale lembrar, na ocasião da guinada jurisprudencial do Supremo, ficaram vencidos os ministros Lewandowski, Marco

Aurélio, Rosa e Celso de Mello.

Perplexidade

No caso em julgamento, o réu foi condenado em 1º grau, mas, o juiz sentenciante determinou que aguardasse em liberdade até o trânsito em julgado, e tal dispositivo não foi impugnado. Para o ministro **Lewandowski**, relator, há um título que favorece o réu, e não houve recurso do MP ou da defesa, sendo direito dele aguardar em liberdade, consubstanciando reformatio inpejus decisão do Tribunal que ordenou a prisão.

“Nossa decisão vem sendo interpretada de forma equivocada. Se o Supremo autorizou [a prisão], ela também precisa ser fundamentada, seja em 1º ou 2º grau, ‘expeça-se mandado de prisão por essa ou aquela razão’.”

O ministro lembrou que há uma série residual de processos nos quais os juízes de 1º grau mantiveram a praxe de colocar na sentença: “expeça-se mandado de prisão após o trânsito em julgado”.

Segundo Lewandowski, soa “até teratológico” que o Tribunal determine a prisão depois de julgado o recurso de apelação, sem que o titular da ação penal incondicionada tivesse recorrido contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

“Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do STF com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.”

Conforme **Lewandowski**, *“depois da nossa decisão, os absurdos começaram a se multiplicar. Prisão de ofício a partir do STJ. É MP atravessando em todos tribunais do país. Petições para pedir a imediata prisão dos acusados. Será que esses membros do MP, ou esses dignos magistrados, alguma vez já ingressaram numa prisão brasileira?! Não é possível que continuemos cegos a essa realidade, devemos temperar essa decisão de alguma forma”.*

Assim, Lewandowski concedeu ordem para garantir ao réu a liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O ministro Fachin adiantou um pedido de vista.

Reflexão

Por sua vez, os ministros Toffoli e Gilmar Mendes manifestaram-se sobre o tema. Gilmar inclusive acompanhou o relator, sem nem aguardar a vista do presidente Fachin.

Primeiramente manifestou-se o ministro Toffoli, que narrou caso recente de sua relatoria: *“Concedi esses dias HC em que a ação durou oito anos, com o réu em liberdade, e o juiz determinou a execução imediata da pena. Para o juiz, já demorara tanto tempo, que deveria cumprir a pena de imediato, após a decisão de 1º grau.”* A reflexão sobre essa problemática é bem-vinda, de acordo com S.Exa.

Em seguida, foi a vez do ministro Gilmar Mendes, que afirmou ter dado o Supremo “condições” para executar a decisão após o 2º grau, “e entendeu-se que isso era imperativo”. *“Não há o que lamentar, temos que fazer autocrítica também diante dos próprios fatos”*, asseverou.

Abrupta mudança

Também antecipou voto o ministro **Celso de Mello**, decano da Corte, que enfaticamente sustentou ao acompanhar Lewandowski: *“A mim me parece que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma antecipação ficta, arbitrária e artificial do trânsito em julgado, com gravíssimas consequências.”*

O decano asseverou que "o voto proferido pelo eminente ministro Lewandowski assume importância inigualável num momento em que precisamos novamente revisitar esse tema".

"Abruptamente sobreveio essa reformulação, que na verdade a todos surpreendeu. Vê-se que o Tribunal está profundamente dividido, são 6 votos a 5."

Foi quando Lewandowski destacou que até o ministro Gilmar sinalizou mudar sua orientação no sentido da contribuição do ministro Toffoli (prisão após decisão do STJ), e no caso concreto acompanhou-o pela concessão do habeas. **Gilmar Mendes disse: "Estou realmente dando a mão à palmatória."**

No fim, o ministro Fachin pediu vista. Aguarda o ministro Toffoli.

Analisando, à afirmação do ilustríssimo Ministro Ricardo Lewandowski, prepondera a razão lógica e racional, de onde nunca poderia ser modificado o referido precedente a luz da justiça.

Com base legal Constitucional clara, indiscutível e precisa, é no mínimo razoável a mudança de posicionamento do Ministro Gilmar Mendes não admitindo a prisão do acusado após condenação em 2º instância.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que as origens das penas e prisões tiveram como fundamento a punição e castigo do delinquente que não seguia as regras imposta à época, invariavelmente as regras infringidas era contra a Igreja, os reis e senhores, de acordo com época.

Com o passar do tempo e os avanços das formas de pensar, os indivíduos, as regras e legislações foram evoluindo, até chegar ao tempo em que todos invariavelmente deveriam agir de acordo com as leis, se agissem de outro modo seriam acusados, processados e condenados, mas não sanções para punir ou vingar, e sim penas a fim de reeducar e ressocializar o infrator.

Verificamos os princípios jurídicos e garantias relevantes para o tema pesquisado, trazendo conceitos e entendimento de juristas consagrados.

Após pesquisar sobre a inconstitucionalidade da aplicação da pena de prisão após decisão em segunda instância, mas antes de sentença condenatória penal irrecorrível, verificamos que os julgadores estão fartos do fato de pessoas cometerem crimes, e anos e anos depois serem condenados, e começarem a cumprir sua condenação, se não ocorrer prescrição durante esse período.

Embora o clamor popular posiciona-se a favor dos Ministros do STF e ao acreditarem que o julgamento está correto autorizando a prisão após condenação em segunda instância, verificando a Carta Maior do nosso país, observamos que existem princípios e direitos fundamentais do cidadão. Tais princípios e direitos foram conquistados com árduas batalhas e lutas. Em hipótese alguma pode ser desprezados.

Alguns dos motivos para os ministros decidirem a questão são: A morosidade do processo e de justiça brasileira, pois existe uma ampla gama de recursos, muitos dos quais deveriam ser revogados para agilizar o processo. Isso pode ser alterado somente pelo Legislativo. Outro motivo é a falta de profissionais, que engloba desde serventuários das comarcas de primeira instância, até as mais altas cortes do país, visto que o número de ações e processos está aumentando em uma velocidade monstruosa. Em contrapartida, o número de profissionais está praticamente imóvel.

Os Ministros tiveram a melhor das intenções, idéia, mas a decisão fere Princípios do Direito Brasileiro. Fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Fere o Princípio da Presunção da Inocência. Fere o Princípio do Devido Processo Penal. Fere o Princípio da Liberdade. Fere o Princípio da Verdade Real. Fere a Constituição.

Por fim, verificamos no quarto capítulo do presente trabalho que os ministros tendem a mudar o voto, alterando o precedente que autoriza a prisão após condenação penal em segunda instância. Voltam a entender que a execução provisória da pena é ilegal. Deste modo, a execução da sentença penal condenatória somente poderá acontecer após sentença penal transitada em julgado.

6. REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Lui (Orgs.). História das prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco v.1, 2009. p.38-39.

ALEXANDRINO, Marcelo et al. Direito Constitucional Descomplicado. 15. ed. São Paulo. Editora Método. 2016

AVENA, Noberto. Processo Penal. 9. ed. São Paulo. Editora Método. Rio de Janeiro. Editora Método. 2017

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas; Tradução Paulo M. Oliveira. ed. Especial. Rio de Janeiro. Editora Nova Fronteira. 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto, Manual de Direito Penal: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2016

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O processo penal em face da Constituição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 1992.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. As modalidade de prisão provisória e seu prazo de duração. 2. ed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2001

Equipe RT. Vade Mecum RT. 12. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016

FOUCAULT, Micheal. Vigiar e punir nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ. Editora Vozes. 2014

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. O Código de Hamurabi. 1 ed. Editora Rideel. 2006

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. 4. ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2006

MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). História das prisões no Brasil: Volume I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). História das prisões no Brasil: Volume II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MIRABETI, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo. Editora Atlas. 2003

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 12. ed. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2015

OLIVEIRA, Walter Ferreira de et al. Saúde e Atenção Psicossocial nas Prisões. 1. ed. São Paulo. Editora Hucitec. 2016

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática de execução penal no Brasil. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2005

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, vol. 2, 1998.

TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 11. ed. Salvador. Editora JusPODIVM. 2016

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal - Vol. I. 32. ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2010

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro. Editora Renavan. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 8. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 08 Jul. 2017.

<https://en.wikipedia.org/wiki/Assize_of_Clarendon> Acesso em: 13 Jul. 2017

Lei N° 7960/89. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 14 Jul. 2017

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 Jul. 2017.

<https://en.wikipedia.org/wiki/Newgate_Prison> .Acesso em: 08 Jul. 2017

Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 Jul. 2017

Carta das Nações Unidas. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 13 Jul. 2017.

Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência. Brasília. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

<<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WdYoBNQrLDc>> Acesso em: 13 Jul. 2017

<[http://www.argumento.com.br/cpd/downloads/material_didatico/C3ME/Hist%C3%B3ria%20do%20Brasil%20\(Boris%20Fausto\).pdf](http://www.argumento.com.br/cpd/downloads/material_didatico/C3ME/Hist%C3%B3ria%20do%20Brasil%20(Boris%20Fausto).pdf)> Aceso em: 10 Jul. 2017

RAMALHO, Renan. Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância. Brasília. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

NACIONAL, Jornal. Prisão após segunda instância volta a dividir posições de ministros do Supremo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/prisao-apos-segunda-instancia-volta-a-dividir-posicoes-de-ministros-do-supremo.ghtml>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

STF: Ministros citam equívocos na interpretação da decisão sobre prisão após 2º grau. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI263416,41046-STF+Ministros+citam+equivocos+na+interpretacao+da+decisao+sobre>>. Acesso em: 10 Ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078-7. Relator Min. Eros Grau. Brasília. 05 Fev. 2009

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki. 17 Fev. 2016

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.095-2 Relator Min. Celso de Mello. 03 Fev. 2009