

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Raphael Fernandes Pinto de Carvalho

Rio de Janeiro

2017

Raphael Fernandes Pinto de Carvalho

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia depositada junto à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

RIO DE JANEIRO

2017

Raphael Fernandes Pinto de Carvalho

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A CONSTITUCIONALIDADE DO
ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Data de aprovação: _____ de _____ de 20__

Banca Examinadora:

Thiago Bottino do Amaral

Avaliador 1

Avaliador 2

DEDICATÓRIA

O presente trabalho é dedicado às pessoas que sempre estiveram ao meu lado durante toda a vida, me apoiando e sustentando nos momentos mais difíceis, meus pais Luiz Roberto e Rosângela e minha avó Nilza.

Ao meu avô Carlos pelos ensinamentos que levarei para sempre comigo e aos meus avós Luiz e Maria que onde estiverem estarão orgulhosos de mim (todos *in memoriam*).

Dedico também a minha fiel companheira Victoria que sempre me acompanha e faz de mim uma pessoa melhor a cada dia.

Amo muito todos vocês!

AGRADECIMENTOS

A todos os meus professores, pelos ensinamentos, paciência e dedicação, sem eles jamais teria chegado até aqui.

Aos meus colegas de turma, aliás, a melhor turma que a Unirio já teve. Hoje certamente grandes amigos que levarei para o resto da vida.

Aos meus amigos de longa data Henrique, Gabriel, Fernando, Rayan, Pedro e Alexander, por estarem comigo sempre nas horas boas e, principalmente, nas horas ruins.

RESUMO

CARVALHO, Raphael Fernandes Pinto de. *Princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal*. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso 2. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O presente trabalho se propõe a uma análise a respeito do princípio da presunção de inocência, sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro e sua influência no instituto da prisão preventiva e no início do cumprimento de penas. Para isso, será feita uma abordagem histórica acerca do princípio, seus conceitos e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. Posteriormente será abordado o instituto da prisão preventiva, seus pressupostos e como é possível alinhá-la ao princípio da presunção de inocência. Por fim, analisar-se-á a mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da presunção de inocência e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade propostas com o objetivo que seja declarado constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Palavras-Chave: princípio da presunção de inocência; prisão preventiva; trânsito em julgado; Supremo Tribunal Federal; constitucionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	10
2.1 Conceito.....	10
2.2 Breves noções da evolução histórica.....	14
2.3 Presunção de inocência nos textos internacionais.....	16
3 PRISÃO PREVENTIVA	19
3.1 Conceito.....	20
3.2 Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência.....	22
3.3 A necessidade de fundamentação.....	24
3.4 Requisitos e fundamentos.....	28
4 CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	32
4.1 Fundamentação do Plenário do STF no HC 126.292/SP	36
a) Equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o efetivo funcionamento jurisdicional.....	37
b) Supremo Tribunal Federal como corte recursal.....	40
c) Evolução do princípio da presunção de inocência.....	44
d) Direito comparado como justificativa para o início do cumprimento antecipado da pena.....	46
e) Seletividade do sistema penal.....	51
4.2 Entendimento do Ministro Celso de Mello no HC 135.100/MG	53
4.3 Argumentação do Partido Ecológico Nacional e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nas ADCs 43 e 44	55
4.4 Participação dos <i>amicus curiae</i> nas ADCs 43 e 44	62
4.5 Decisão do Plenário do STF na cautelar das ADCs 43 e 44	66
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1. INTRODUÇÃO

Dias de sombras assolam o campo do processo penal brasileiro. Diante de crises, seja ela econômica, política, sistemática, de valores, muitas vezes se abandona o correto em virtude do mais fácil. Justamente nesses períodos, direitos e garantias fundamentais não podem ser reprimidos, devendo incidir sobre o ordenamento jurídico e a sociedade em sua totalidade.

Quando o espetáculo midiático caminha junto com o processo penal, certamente garantias são diminuídas em prol de uma resposta rápida à sociedade. Com a banalização da violência e o anseio popular por vingança, a teoria do direito penal do inimigo¹ começa a aparecer dentro do sistema processual penal.

Alexandre Morais da Rosa² assevera:

“Jacinto Nelson de Miranda Coutinho há muito denuncia a maneira pela qual o discurso da eficiência, inclusive Princípio Constitucional (CR, art. 37), para os incautos de plantão, embrenhou-se pelo processo penal em busca da sumarização dos procedimentos, da redução do direito de defesa, dos recursos, enfim, ao preço da democracia. A razão eficiente que busca a condenação “*fast-food*” implicou nos últimos anos na “*McDonaldização*” do Direito Processual Penal: sentenças que são prolatadas no estilo “peça pelo número”. A “*standartização*” da acusação, da instrução e da decisão. Tudo em nome de uma “*McPena-Feliz*”. Nada mais cínico e fácil de ser acolhido pelos atores jurídicos, de regra, “analfabetos funcionais”.”

Em um passado não muito distante, o Brasil sangrava com a ditadura militar, sonhar em garantias fundamentais como o princípio de presunção de inocência era quase uma utopia.

Ultrapassada essa terrível página na história brasileira, a Constituição Federal garantiu por todo seu texto, diversas garantias fundamentais e princípios basilares do ordenamento jurídico nacional para que não fosse possível retornar àquela época.

¹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo’, Curitiba: Juará Editora, 2008.

² ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 1

O princípio da presunção de inocência talvez seja o mais importante de todos eles, visto que garante a qualquer cidadão brasileiro o status de inocente.

Dentro desse contexto apresentado, é de se imaginar que o Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Constituição Brasileira, escolte esses princípios de todos os problemas sociais e crises processuais, jamais podendo sucumbir ao espetáculo midiático.

Contudo, decisões recentes da Suprema Corte não se mostraram coadunáveis a esse entendimento, visto que interpretaram o princípio da presunção de inocência de forma reduzida.

Passar-se-á analisar o princípio da presunção de inocência, sua incidência no instituto da prisão preventiva e a decisão do STF que reduziu sua aplicabilidade no processo penal brasileiro.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 Conceito

Antes de uma análise mais completa a respeito do Princípio da Presunção de Inocência, faz-se necessário uma breve passagem pela definição do termo princípio. O entendimento da palavra princípio gera um grande debate doutrinário, contudo, este será minimizado por não ser o objetivo central do presente trabalho.

Assim, para melhor compreensão, transcreve-se a definição etimológica da palavra princípio a luz do professor de lexicografia, Aurélio³:

“Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; Causa primária: elemento predominante na constituição de um corpo orgânico.”

Dentro do âmbito jurídico, Miguel Reale⁴ salienta:

"princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.”

A respeito do tema, com uma visão voltada para o processo penal, destaca Paulo Rangel⁵:

“Desta forma, os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-

³FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986,p.1393.

⁴REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.693.

processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem.”

Desta forma, os princípios servem como base de um ordenamento jurídico, pois inspiram a criação de novas regras.

Com isso, a violação de princípio tem uma gravidade maior do que de uma regra, visto que atinge o vértice de todo um sistema. No entanto que a doutrina entende que os princípios são hierarquicamente superiores as regras, visto que possuem um valor axiológico mais relevante.

Em caso de uma colisão entre princípios, cabe ao julgador empregar a técnica da ponderação e verificar qual desses princípios deverá ser invocado para melhor resolução do caso concreto.

No nosso ordenamento jurídico, existem princípios que estão positivados e outros que não, todavia ambos possuem força normativa.

O princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade está positivado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

A importância de tal princípio é tamanha, que o legislador infraconstitucional estabeleceu um dispositivo no Código de Processo Penal específico para tratar a respeito do assunto, assim dispõe o artigo 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.”

Parte da doutrina faz uma crítica a respeito do nome presunção de inocência. Paulo Rangel⁶ destaca:

“Primeiro, não adotamos a terminologia *presunção de inocência*, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente.

A Constituição não *presume* a inocência, mas declara que ninguém será *considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.”

Bonfim⁷ acrescenta:

“Sustenta a boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção de inocência, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não-culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Desta forma, o princípio da não culpabilidade funciona como um regulador para o poder punitivo estatal e concretiza o direito de toda e qualquer pessoa não ser declarada culpada sem passar pelo devido processo legal e com sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Este princípio garante também que, no processo penal, o ônus da prova sempre cabe à acusação e não a defesa. Quem acusa deverá retirar o “estado de inocência” em que a pessoa naturalmente se encontra.

⁶RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.24.

⁷BONFIM, Edílson Mougenot. Curso de Processo Penal. – 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

Com a inversão do ônus da prova, percebe-se claramente a coligação existente entre o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, também conhecido como princípio do *favor rei*, que impõe ao magistrado uma interpretação a favor do réu sempre que houver algum tipo de dúvida.

Aury⁸ critica:

“Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente.)

É nítido que o princípio da não culpabilidade deve ser aplicado no campo probatório, na esfera processual, mas também é preciso ser invocado fora do processo, onde atua no tratamento de um acusado, protegendo-o de difamações, publicidade abusiva, condenações populares, etc.

Infelizmente, ultimamente tem-se caminhado na direção contrária ao que versa o princípio. O espetáculo midiático está cada vez mais presente no processo penal, transformando juízes em heróis nacionais e réus ou investigados que sequer foram denunciados, em culpados.

Segundo Fernando Capez⁹, é possível apontar três exigências decorrentes deste princípio:

- “a)no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova;
- b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida;
- c)no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise de necessidade da prisão processual.”

⁸LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p.228.

⁹CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

Já Aury¹⁰ aponta as três principais manifestações integradoras do princípio da presunção de inocência:

- “a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficiente demonstrada.”

Portanto, resta claro a partir da análise do princípio da presunção de inocência, expressamente consagrado na Carta Magna, que o nosso sistema jurídico penal adotou, ou deveria adotar, uma opção garantista, tutelando o estado natural de inocência de todos os cidadãos, ainda que se deixe de punir algum culpável.

2.2 Breves noções da evolução histórica

Após a discussão no tocante do conceito do princípio de presunção de inocência, sua previsão, as críticas que se fazem a respeito da sua nomenclatura e sua receptividade no processo penal brasileiro, faz-se necessário uma breve explicação a respeito da evolução histórica deste princípio.

Importante destacar também, o contexto no qual o princípio foi ampliado, para melhor entender a respeito de sua aplicabilidade e a necessidade de manutenção no ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p.228

Acredita-se que a primeira aparição do tema presunção de inocência se deu na época do direito romano. É importante ressaltar que a sociedade daquele tempo, tinha grande influência do cristianismo. Ao analisar os preceitos fundamentais da presunção de inocência é possível associá-lo a alguns dogmas religiosos daquele tempo.

Entretanto, a presunção de inocência foi dissipada na sombria e triste era da inquisição na Idade Média. Fácil estabelecer que os fundamentos da presunção de inocência não são compatíveis com os pilares de sistema inquisitório, onde o simples processo penal já necessariamente trata o acusado como culpado, cabendo a ele provar sua inocência.

É o ensinamento de Aury Lopes Jr¹¹, que cita o teólogo e inquisidor catalão Nicolas Eymerich, para melhor elucidação:

“A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação””.

Só foi possível pensar em presunção de inocência com o nascimento dos ideais iluministas, que buscavam o domínio da razão em detrimento da visão teocêntrica da Idade Média. Com uma maior liberdade política, econômica e social, a base do sistema processual penal da época, que era acusatória, sofre uma grave ruptura, deixando de lado as raízes inquisitoriais, onde o acusado teria que provar a sua inocência, para uma filosofia mais garantista, em que o Estado precisa comprovar a autoria de um delito.

Paulo Rangel¹² destaca:

“O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu

¹¹LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p.225.

¹²RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.24.

a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado.”

Tourinho¹³ complementa:

“a filosofia constante nos séculos XIV ao XVIII, segundo a qual o denunciado era considerado culpado até prova em contrário, subtraía do réu o seu direito à liberdade, tomando-o como objeto de investigação e não um sujeito de direito. Ainda, neste período reinava o processo inquisitivo que agregava aspectos obscuros para obter confissões e a presunção da culpa. Entretanto, com o advento do século das luzes, com os ideais dos iluministas Voltaire, Rosseau, Montesquieu, dentro outros [...]”.

Assim, apesar de aparições anteriores na história da humanidade através de conceitos e idéias, a presunção de inocência teve seu marco e ganhou real eficácia dentro de um sistema jurídico no Século das luzes, época em que se difundiu o movimento iluminista.

2.3 Presunção de inocência nos textos internacionais

A presunção de inocência foi positivada pela primeira vez na história após a eclosão da Revolução Francesa, quando, em 1789, representantes do povo francês organizaram a Assembléia Nacional Constituinte da França, aprovaram e votaram, com base nos ideais iluministas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁴, diploma base dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Em seu artigo 9º dispõe:

¹³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.65.

¹⁴http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos/deapoio/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf

“Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

A crítica ao nome princípio da presunção de inocência feita por alguns doutrinadores, cuja abordagem foi feita anteriormente, se dá pelo fato da Constituição Brasileira não ter recepcionado o princípio de forma expressamente completa como se encontra no dispositivo supracitado, visto que a Carta Magna não presume a inocência do acusado e sim não o considera culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tourinho¹⁵ faz uma breve explicação:

“O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. [...]Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: “Tout hommeétantpréssuméinnocentjusqu’àcequ’ilaitétédéclarécoupable; s’il est jugéindispensable de l’arrêter, touterigueurqui ne serait nécessaire pour’sassurer de sápersonne, doitêtrésévèrementreprimée par laloi” (Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei).”

Após a segunda guerra mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU), junto com os países membros - incluindo o Brasil - se comprometeram a promover o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e estabeleceram a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶.

¹⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

¹⁶http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf

Em relação à presunção de inocência, esta veio a ganhar repercussão universal com o disposto no artigo 11º, I da referida declaração:

“Todo o homem 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 a sua defesa.”

Ao proferir seu voto no *Habeas Corpus* 126.292/SP¹⁷, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, deu uma bela explicação a respeito das influências que o ordenamento jurídico nacional recebeu com a adesão do país à Declaração Universal dos Direitos do Homem:

“O reconhecimento desse verdadeiro postulado civilizatório teve reflexos importantes na formulação das supervenientes normas processuais, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. A implementação da nova ideologia no âmbito nacional agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos, da não auto-incriminação (*nemotenetur se detegere*), com todos os seus desdobramentos de ordem prática, como o direito de igualdade entre as partes, o direito à defesa técnica plena e efetiva, o direito de presença, o direito ao silêncio, o direito ao prévio conhecimento da acusação e das provas produzidas, o da possibilidade de contraditá-las, com o conseqüente reconhecimento da ilegitimidade de condenação que não esteja devidamente fundamentada e assentada em provas produzidas sob o crivo do contraditório.”¹⁸

¹⁷Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

¹⁸<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p.8.

Outra aparição do princípio da presunção de inocência se deu no artigo 14, 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁹, que assim assevera:

“Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei.”

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁰, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que foi ratificada pelos membros da Organização dos Estados Americanos, dentre eles o Brasil, na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica, assegura em seu artigo 8º, 2:

“Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Como salientado anteriormente, o princípio da presunção de inocência só foi recepcionado pela legislação pátria a partir da Constituição Brasileira, promulgada em 1988. Apesar da tardia positivação, o princípio já se encontrava implícito no ordenamento jurídico nacional através de tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Isso demonstra que apesar das críticas abordadas a respeito do nome princípio da presunção de inocência, que é válida, visto as palavras escolhidas pelo legislador constituinte, não há como negar que o Brasil recepcionou o princípio da presunção de inocência por completo ao aderir ao Pacto de San José da Costa Rica.

3 PRISÃO PREVENTIVA

¹⁹ <http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>

²⁰ <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

3.1 Conceito

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual que somente pode ser decretada por decisão judicial devidamente fundamentada, antes do trânsito em julgado. Pode ser promulgada na fase de investigação ou na instrução processual, desde que preenchidos os requisitos legais.

Existem três tipos de prisões cautelares no Brasil, a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante, estas duas últimas não serão melhor detalhadas por não ser o foco principal do trabalho.

A prisão preventiva possui natureza tipicamente cautelar, pois tem por finalidade a garantia da eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se impraticável em algumas hipóteses, caso o acusado permaneça em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo. Trata-se de uma medida excepcional, na medida em que sua decretação só é admitida quando demonstrado o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.²¹

O artigo 311 do Código de Processo Penal permite que tal decisão possa ser tomada de ofício pelo magistrado, o que, segundo Aury Lopes Jr.²², viola a imparcialidade do juiz:

“A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.”

Nucci²³ segue na mesma esteira:

“A previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do magistrado, logo, sem que qualquer interessado o provoque, é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, afasta-se de sua posição

²¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 335

²² LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 832.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 545.

absoluta imparcialidade, invadindo a seara alheia, que é a do órgão acusatório, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes envolvidas no processo, tenha solicitado [...]”

O legislador não estabeleceu um prazo determinado para a duração da prisão preventiva, como, por exemplo, existe na prisão temporária. Em regra, o tempo é estabelecido pela necessidade da manutenção da prisão preventiva, quando esta não se faz mais necessária, é revogada.

O fato é que ninguém poderá ficar preso preventivamente por tempo indefinido. A própria legislação dispõe em várias passagens, alguns limites para a manutenção da prisão preventiva, como exemplo, é válido citar o inquérito policial, que deve ser concluído em dez dias se o imputado encontra-se preso preventivamente.

Na hipótese de uma instrução necessitar um prazo mais dilatado, é necessário que o magistrado invoque o princípio da razoabilidade e revogue a prisão preventiva sob pena de evidenciar constrangimento ilegal.

Os artigos 313 e 314 expõem os casos em que a prisão preventiva pode ou não ser decretada. Sem muitas delongas, a prisão preventiva apenas pode ser decretada nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. É vedado o decreto nos casos de crimes culposos.

A legislação autoriza o decreto da prisão preventiva quando o réu for reincidente em crime doloso, e é duramente criticada por Aury Lopes Jr²⁴:

“Infelizmente, optou o legislador em seguir na linha de máxima estigmatização do reincidente, em flagrante *bis in idem*. Autorizar uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o réu ou indiciado reincidente é uma interpretação equivocada. [...] Pensar-se uma prisão preventiva com base, exclusivamente, no fato de ser o agente reincidente, além de violar o princípio da proporcionalidade, seria

²⁴LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 842.

substancialmente inconstitucional, pois onde estaria o caráter cautelar dessa prisão?”

O instituto da prisão preventiva, que deve ser encarado como uma medida cautelar excepcional, não pode admitir que um eventual decreto seja expedido com base em um critério em um único critério, extremamente objetivo.

3.2 Prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência

Atualmente vivemos em uma sociedade completamente amedrontada pela violência que assola nosso país. Boa parte desse medo, criado e propagado pela mídia, que em sua busca incansável por audiência, retrata incansavelmente os casos mais violentos de forma extremamente sensacionalista.

Em consonância, as redes sociais, apesar de um meio de comunicação extremamente útil e inclusivo, ajudam a difundir o medo e a sensação de impunidade.

Quando se banaliza a violência, os efeitos são graves e quase que simultâneos. A pressão popular pela prisão soa exatamente como uma vingança e atinge diretamente o instituto da prisão cautelar, que acaba por servir como uma antecipação da pena ao invés de seu real sentido de existir.

Em tempos de outrora, a discussão a respeito da constitucionalidade da prisão preventiva em face do Princípio da Presunção de Inocência era mais presente. Hoje a jurisprudência e a doutrina majoritária vêm pacificando tal entendimento.

Mirabete²⁵ entende a prisão preventiva como um mal necessário:

[...] Embora se façam críticas ao instituto da prisão preventiva, já que suprime a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, causando ao eventual inocente a desmoralização e a depressão aos seus sentimentos de dignidade, é ele previsto tradicionalmente em nossa

²⁵MIRABETTI, Júlio Fabrini. Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p 393.

ordem jurídica como em todos os países civilizados. Considerada um mal necessário, uma fatal necessidade, uma dolorosa necessidade social perante a qual todos devem se inclinar justifica-se prisão preventiva por ter como objetivo a garantia da ordem pública, a preservação da instrução criminal e a fiel execução da pena. Mas como ato de coação processual e, portanto, medida extrema de exceção, só se justifica em situações específicas, em casos especiais onde a segregação preventiva, embora um mal seja indispensável.

É possível que o magistrado encontre um equilíbrio entre o princípio da não culpabilidade e o instituto da prisão preventiva. Para isso, é importante que analise todas as circunstâncias do caso concreto, verifique os requisitos legais previstos no artigo 312 e averigue se existe a possibilidade de aplicar outra medida cautelar menos gravosa.

O entendimento majoritário é que a prisão preventiva deve ser utilizada como uma exceção, apenas nos casos em que seja crucial garantir a ordem pública ou econômica e não como uma forma de antecipação da execução da pena, visto que dessa forma violaria o princípio da presunção de inocência.

Nucci²⁶, confirma ao versar sobre o princípio:

“Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública.”

Apesar de, na teoria, ter que ser tratada como exceção, na prática a prisão preventiva é um instituto amplamente utilizado pelos magistrados, muitas das vezes como espetáculo midiático para que o judiciário “se defenda” das inúmeras críticas de impunidade imputadas pela sociedade.

Hoje, os presos provisórios são responsáveis pela superlotação do falido sistema penitenciário brasileiro. Segundo pesquisa²⁷ feita pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), cerca de 40 % (quarenta por cento) dos presos no Brasil, são provisórios.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 544.

Esses números evidenciam que, apesar da possibilidade de harmonia entre a prisão preventiva e o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, não é possível que cerca de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) presos provisórios tenham passado pelo crivo do judiciário e violem, de fato, os requisitos estabelecidos pela legislação para justificar uma prisão cautelar.

Como caso mais emblemático, temos o de Marcos Mariano da Silva, que foi em preso em 27 de julho de 1985 e só conseguiu sair da prisão treze anos depois, em 25 de agosto de 1998, permanecendo todo esse tempo sem uma sentença.

O Estado brasileiro foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça a pagar cerca de dois milhões de reais por danos morais e materiais a Marcos, no REsp. 802.435²⁸:

3.3 A necessidade de fundamentação

Como qualquer decisão judicial, a decretação da prisão preventiva precisará estar fundamentada, respeitando o princípio da motivação das decisões judiciais. Nesse ponto, leciona Aury Lopes Jr²⁹:

“Para o controle da eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nesta linha, está expressamente consagrada no art. 90, IX, da CB.”

Especificamente sobre a prisão preventiva Nestor Távora³⁰ complementa:

²⁷ <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

²⁸ <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=802435&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>

²⁹ LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal* / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 1072.

³⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7 ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.p.589.

“O magistrado está obrigado a indicar no mandado os fatos que se subsumem à hipótese autorizadora da decretação da medida. Decisões vazias, com a simples reprodução do texto da lei, ou que impliquem meras conjecturas, sem destacar a real necessidade da medida pelo perigo da liberdade, não atendem à exigência constitucional, levando ao reconhecimento da ilegalidade da prisão”.

Ainda que a Carta Magna e os princípios constitucionais garantam a necessidade da fundamentação, o legislador elaborou um dispositivo específico dentro da legislação ordinária para a prisão preventiva. O artigo 315 do Código de Processo Penal versa justamente para a obrigação do magistrado em motivar a decisão que decreta, substitua ou denegue a prisão preventiva.

A reiteração dos dispositivos legais não é suficiente para uma fundamentação completa. É preciso uma análise do caso concreto, bem como todos os requisitos legais, explicando cada um deles.

Nucci³¹ explica:

“A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há “prova da materialidade”, “indício suficiente de ser o réu o autor” e para “garantir a ordem pública”, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair qual conclusão.”

A gravidade do crime por si só, de forma abstrata, também não pode ser utilizada para justificar a prisão preventiva.

A respeito do tema, excelente argumentação do Ministr NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 546
Celso de Mello no Habeas Corpus 94.404³²:

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 546

³²E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS

“A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. [...] A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal [...] A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado[...] A mera

E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSIÇÃO DE QUE O RÉU POSSA INTERFERIR NAS PROVAS E NA LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º) - CONVENÇÃO DE PALERMO (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL) - INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 5.015/2004) - INADMISSIBILIDADE DA INVOCAÇÃO, PARA EFEITO DE PRISÃO CAUTELAR, DO ART. 11 DA CONVENÇÃO DE PALERMO COMO SUPORTE DE LEGITIMAÇÃO E REFORÇO DO ART. 7º DA LEI DO CRIME ORGANIZADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO, COM EXTENSÃO DE SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS"

suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir, ou interferir na instrução probatória, ou evadir-se do distrito da culpa, ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. [...] O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. [...] 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, 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.”

Por fim, a prisão preventiva também não pode ser decretada quando o réu, uma vez citado por edital, não compareça à audiência de instrução e julgamento, sendo necessária a fundamentada comprovação no *periculum in mora*, ou perigo da demora.

3.4 Requisitos e fundamentos

O Código de Processo Penal, em seu artigo 312, elenca as hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva. É importante salientar que as situações taxadas não são cumulativas, ou seja, havendo apenas uma, é o suficiente para justificar-se a medida cautelar.

Em primeiro lugar, é necessário considerar e analisar o fundamento *periculum libertatis*, essencial para qualquer decreto de prisão preventiva.

Sobre o *periculum libertatis*, Aury Lopes Jr³³. conceitua:

“Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.”

Portando, chega-se a conclusão que sem o *periculum libertatis* não existe a possibilidade de risco a nenhum dos requisitos legais elencados pelo artigo 312, impossibilitando o decreto da prisão preventiva.

Nucci³⁴ acredita que três requisitos são essenciais para a decretação da prisão preventiva:

“São sempre, no mínimo três: a prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal.”

Posto isso, analisar-se-á cada um dos pressupostos estabelecidos no dispositivo legal.

O primeiro requisito estabelecido pelo legislador é a garantia da ordem pública, assim explicado por Paulo Rangel³⁵:

³³ LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 836.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir.– São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 546

³⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008. p.693

“Por ordem pública, deve-se entender a paz e a tranquilidade social, que deve existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais.”

Pois bem, é plausível que a ordem pública seja alterada caso um acusado em liberdade venha a cometer um novo ato ilícito penal, porém o simples medo, ou a mera possibilidade de fazê-lo não pode servir de base para o decreto da medida cautelar.

Aury Lopes Jr³⁶ critica:

“por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se qualquer *senhor*, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que dizer...”

É inegável que em um instituto como a prisão preventiva, deva haver uma relação direta entre a sociedade como um todo e o réu que praticou um fato criminoso. Indiscutível também a importância dessa medida cautelar, em casos extremamente específicos para garantir o convívio da comunidade, porém a crítica que se faz é ao conceito extremamente aberto e subjetivo de garantia da ordem pública, onde, como bem salientado pelo professor Aury, se pode encaixar todo e qualquer argumento em prol do coletivo.

Garantia da ordem econômica é o segundo fundamento estabelecido pelo legislador, tutelado pelo Título VII da Constituição Federal. O professor Paulo Rangel³⁷ afirma:

“A Lei nº 8.884, de 11/6/1994, em seu art. 86, incluiu no art. 312 do CPP a expressão *ordem econômica*, ou seja, quis permitir a prisão do autor do fato-crime que perturbasse o livre exercício de qualquer atividade econômica,

³⁶LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 836.

³⁷RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.693.

com abuso de poder econômico, visando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. A prisão para garantir a ordem econômica somente poderá ser decretada se se tratar de crimes previstos nas Leis nºs 8.137/90, 8.176/91, 8.078/90 e 7.492/86 e demais normas que se referem à ordem econômica, como quer o art. 170 da Constituição Federal e seguintes c/c art. 20 da Lei nº 8.884/94.”

Eugenio Pacelli³⁸ faz uma crítica ao dispositivo:

“Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela. [...]Se no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição de condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública, Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).”

Na prática, a garantia da ordem econômica é raramente empregada e, quando invocada, geralmente são nos casos em que envolvam os chamados crimes de colarinho branco. Ainda assim, é pertinente a crítica no sentido de que o campo jurídico acobertado pela garantia da ordem econômica também é abrangido pela garantia da ordem público. Desta forma, sua aplicação fica comprometida.

O terceiro requisito é a conveniência da instrução criminal, de caráter estritamente instrumental, visto que o que se visa garantir é unicamente o bom andamento processual.

Paulo Rangel³⁹ elucida e exemplifica:

“Por *conveniência da instrução criminal*: devemos inicialmente dizer que a instrução criminal não é conveniente, mas, sim, necessária, pois, diante dos princípios da verdade processual, do contraditório e do devido processo legal, a instrução criminal é imprescindível para que se possa assegurar ao

³⁸PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 555.

³⁹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.693

acusado todos os meios constitucionais de defesa, demonstrando existir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Assim, decreta-se a prisão do autor do fatos e, em liberdade, ameaçar as testemunhas, tentar subornar o perito que irá subscrever o laudo, ameaçar o juiz ou o promotor de justiça que funciona no processo, subtrair documentos imprescindíveis, à comprovação do injusto penal etc. Neste caso, a custódia cautelar justifica-se com o escopo de se garantir um processo justo, livre de contaminação probatória e seguro para que o juiz forme, *honestamente e lealmente, sua convicção* (cf. item VII da Exposição de Motivos do CPP).”

Mais uma vez não há o que se discutir quanto à importância e a necessidade de tal fundamento, a crítica novamente se dirige ao termo conveniência que é muito distendido e permite ao magistrado ter uma discricionariedade incompatível com o instituto da prisão preventiva.

O quarto e último preceito elencado pelo legislador é a garantia para assegurar a aplicação da lei penal.

Também de cunho instrumental, o objetivo é tutelar a eficácia da sentença penal.

Paulo Rangel⁴⁰ garante:

“Assegurar a aplicação da lei penal: a prisão preventiva deverá ser decretada quando houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda, se há comprovação de se encontra em lugar incerto e não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça.”

Todavia, é necessário um suporte probatório mínimo para que possa ser aplicada a medida cautelar, a simples suposição de que o réu possa vir a fugir não basta para ensejar a prisão, é o que explica o professor Fernando da Costa Tourinho Filho⁴¹:

⁴⁰RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.p.693

⁴¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.526.

“A chance de fuga do imputado é a hipótese que ensejaria o risco de ineficácia da lei penal, sendo necessário, portanto, o Estado evitar tal provável atitude do réu. Mas a mera presunção de fuga não é o suficiente para o enclausuramento preventivo, pois necessária a colheita de dados fáticos veementes a ponto de motivar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante a *persecutio criminis*. Até porque se a Lei Maior presume a inocência daquele ainda não condenado, é defeso ao juiz apenas presumir que o imputado venha a escapar da ação da Justiça.”

Aury Lopes Jr⁴². vai mais afundo:

“É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrando nos autos. Explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar.”

É nítido que em caso específicos, a utilização do argumento da garantia para assegurar a aplicação da lei penal é apropriado, entretanto é difícil crer que em dias atuais, com uma vasta evolução tecnológica, se corra ao risco de um réu fugir da vigilância do Estado, tendo como única saída para tal problema, a prisão cautelar do acusado.

Por último, é válido ressaltar que existe a possibilidade do decreto da prisão preventiva nos casos em que o acusado descumpra alguma medida cautelar anteriormente imposta pelo juízo. Entretanto, o simples descumprimento por si só, não faz jus à determinação da prisão preventiva. O juiz deve analisar se outra medida cautelar diversa da prisão consegue suprir a necessidade e modificá-la para prisão preventiva apenas em *última ratio*.

4 CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

⁴²LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 838

Como já visto no capítulo específico, a Constituição Federal de 1988, positivou o princípio da presunção de inocência no artigo de garantias fundamentais e condicionou a fixação definitiva da culpa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Todavia, o entendimento embrionário da corte a respeito do tema após a positivação, se mostrou bastante conservador, de forma que preferiram manter a interpretação vigente até então, que permitia o cumprimento da pena após sentença condenatória em segundo grau.

A partir do ano de 2009, a Suprema Corte Nacional passou a ter uma interpretação mais garantista do princípio da não culpabilidade. Não se tratando de prisão cautelar, mas sim de execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não seria possível uma prisão decorrente de condenação em segundo grau de jurisdição.

Com isso passou a ser necessário o efetivo trânsito em julgado da sentença, como dispõe a literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Tal entendimento foi consagrado no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG⁴³, que teve como relator o Ministro Eros Grau e, por sete votos a quatro, o Plenário decidiu que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução antecipada da pena. Assim concederam a ordem do remédio constitucional para colocar o paciente em liberdade.

Na oportunidade, parte dos ministros entenderam que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto constitucional e apenas a prisão cautelar pode ser decretada antes do trânsito em julgado, desde que observado os requisitos discutidos no capítulo anterior.

Outro argumento abordado no writ supracitado foi a impossibilidade de se restringir a ampla defesa, devendo esta, ser englobada em todas as fases processuais.

⁴³<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2E%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>

Com isso, se garante ao acusado a eficaz aplicação do princípio da ampla defesa até as fases recursais de natureza extraordinária.

Após esse julgamento, restou consolidado na jurisprudência nacional que a execução da pena de forma antecipada, fere diretamente o princípio na presunção de inocência.

De fato, a interpretação mais abrangente do princípio da presunção de inocência à luz da Constituição Federal, foi uma grande vitória para aqueles que lutam pelo garantismo penal e, principalmente, para os cidadãos.

Entretanto, esse entendimento foi modificado recentemente no *Habeas Corpus* 126.292/SP⁴⁴, quando a Suprema Corte permitiu a execução da pena do paciente após decisão condenatória em segundo grau.

As fundamentações utilizadas para modificar o posicionamento habitual do STF no referido remédio constitucional, serão analisadas e discutidas no sub-capítulo em sequência.

Diante de tal mutação constitucional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Partido Nacional Ecológico (PEN) ajuizaram ações declaratórias de constitucionalidade para que o Supremo Tribunal Federal decidisse a respeito da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Os autores das ações pretendiam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

O principal ponto alegado, foi que a decisão do STF a respeito do tema, ainda que sem efeito *erga omnes*, gerou uma enorme controvérsia judicial, pois diversos tribunais passaram a adotar o mesmo posicionamento e ignoraram o artigo 283 do Código de Processo Penal.

⁴⁴Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado

Tal artigo, já foi transcrito anteriormente no presente trabalho, agora se fará uma brevíssima explicação a respeito do que ordena o dispositivo.

Previu o legislador infraconstitucional, em *contrario sensu*, que a prisão só pode ser decretada em três hipóteses: por flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária competente; no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva; por fim, através de sentença condenatória transitada em julgado.

Como visto anteriormente, a prisão preventiva só pode ser aplicada em casos excepcionais. Em regra, o mesmo acontece com a prisão em flagrante e prisão temporária, que se efetuadas na forma da lei, não violam o princípio da presunção de inocência.

A respeito da prisão para cumprimento da pena, o legislador taxativamente a proibiu antes do trânsito em julgado sentença.

Engênio Pacelli e Douglas Fisher elucidam a respeito do dispositivo:

“A adoção da citada cláusula da inocência, contudo, não pode ser potencializada ao ponto de se querer impedir, em qualquer situação, a imposição de prisão, fundada em convencimento judicial legítimo.

Mas, uma coisa é certa: ela é impõe, seguramente, a *regrada* proibição de execução provisória.”

A mudança de entendimento da Corte Superior que permitiu a execução da sentença provisória de forma antecipada, deu azo a um questionamento a cerca da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Em brilhante artigo⁴⁵ publicado após a decisão do Supremo, o jurista e professor Lênio Streck fez uma crítica:

“Em primeiro lugar, não creio que haja dúvida sobre o que diz esse dispositivo. Todos sabemos o que é sentença condenatória transitada em

⁴⁵<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>

julgado. Segundo: examinei o voto do ministro relator, Teori Zavascki, e não encontrei sequer menção ao artigo 283 do CPP. Também na declaração final do dispositivo lida pelo ministro presidente foi possível detectar qualquer coisa nesse sentido. Conseqüentemente, esse dispositivo continua hígido, correto? Para tanto, com toda a vênua, vou usar Zavascki contra Zavascki. Explico: é do ministro Teori Zavascki, quando ainda no Superior Tribunal de Justiça, o brilhante voto na Recl. 2.645, que diz (e já citei no mínimo uma dezena de vezes essa bela passagem): não se admite que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo “*sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade*”. Perfeito! Resposta correta: não se pode deixar de aplicar um texto normativo sem lhe declarar, formalmente, a inconstitucionalidade. Esta é, aliás, a primeira das minhas seis hipóteses pelas quais o Judiciário está autorizado a não aplicar uma lei (cf. *Verdade e Consenso, passim*). Por isso, tenho absoluta tranquilidade para dizer que o artigo 283 continua válido. Logo, aplicável. Conseqüentemente, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF?”

A liminar pretendida pelos autores das ADC's foi indeferida, por maioria de votos, pelo Plenário da Suprema Corte que reafirmou a possibilidade de execução da pena de forma antecipada.

Todos os argumentos utilizados por ambos os lados serão expostos e discutidos nos respectivos subcapítulos.

4.1 Fundamentação do Plenário do STF no HC 126.292/SP

Em primeiro lugar, far-se-á um pequeno resumo do caso e o motivo pelo qual foi impetrado o Habeas Corpus para melhor visualização e exposição dos argumentos.

O paciente do referido HC foi condenado em primeira instância à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão pela prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, previsto no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal.

O magistrado de primeiro grau, ao sentenciar o paciente, permitiu que pudesse apelar em liberdade. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença recorrida e determinou a expedição de mandado de prisão contra o paciente.

Indignada com a ordem de prisão proferida pelo órgão revisor, a defesa do paciente impetrou um *Habeas Corpus*⁴⁶ no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Presidente indeferiu o pedido liminar, motivo pelo qual foi impetrado o HC 126.292/SP na Suprema Corte.

Em cinco de fevereiro de 2015 o Ministro relator do HC ora discutido, Teori Zavascki deferiu a liminar pleiteada e suspendeu a prisão decretada contra o paciente em sede de apelação.

Já no dia 17 de fevereiro de 2016, devido ao confronto entre a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e o entendimento até então prevalente no Supremo, o assunto foi levado a plenário para discussão dos Ministros.

Por sete votos a quatro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Habeas Corpus em questão e decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sem trânsito em julgado, não viola o princípio da presunção de inocência.

Após uma pequena introdução, serão abordados os argumentos invocados pelos Ministros para denegar a ordem do HC, bem como uma pequena análise crítica de seus votos.

Da mesma forma, junto aos comentários, serão elucidadas as teses abordadas pelos Ministros vencidos no julgamento.

a) Equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o efetivo funcionamento jurisdicional.

⁴⁶<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=313021.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>

Ao iniciar seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki propôs uma reflexão entre a abrangência do princípio da presunção de inocência e a busca de um equilíbrio entre tal princípio e a efetividade da função jurisdicional penal.

Dentro da argumentação estabelecida pelos Ministros vencedores, o princípio da presunção de inocência não pode ser tratado em sua máxima incidência, visto que dentro do sistema jurídico brasileiro existem interesses constitucionais que visam efetividade da lei penal.

O Ministro Edson Fachin destacou que é preciso interpretar o princípio da presunção de inocência em harmonia com as outras normas constitucionais, de forma una.

Assim, não deve ser levado em conta apenas o princípio da presunção de inocência, mas também o da razoável duração do processo e outras garantias fundamentais positivadas na constituição, como direito à vida, à propriedade, à segurança, etc.

De acordo com os Ministros, a interpretação absoluta da presunção de inocência, automaticamente causa uma proteção insatisfatória de outros princípios, o que contribui diretamente para a ineficiência do sistema de justiça criminal.

E com um funcionamento jurisdicional comprometido, criou-se um descrédito do sistema de justiça penal perante à sociedade, constituindo uma sensação recorrente de impunidade.

Desta forma, alegaram que a interpretação completa do princípio da presunção de inocência não encontra mais eco no meio social, sendo imperiosa a mudança de leitura do texto constitucional.

E complementaram no sentido de que princípios ou garantias não são absolutos, como é o caso da presunção de inocência. Regras podem ser operadas na literalidade, já princípios expressam valores e necessitam do uso da técnica de ponderação, na medida em que podem ser aplicados com diferentes intensidades, conforme as situações fáticas e jurídicas as exijam.

Então em virtude da incongruência sistêmica e social, faz-se necessário o abandono dos precedentes até então aplicados pela Corte Suprema. O Ministro Luiz Fux citou⁴⁷ a professora Patrícia Perrone Campos Mello e o jurista alemão Konrad Hesse para aclarar de forma mais concisa o raciocínio:

“[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos.”

“[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.”

O Ministro Luís Roberto Barroso inclusive acredita que parte do número excessivo de prisões provisórias no país, são frutos de uma percepção da falta de punibilidade que se tem ao final do processo penal.

É inconcebível pensar que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal se curve ao anseio popular para modificar um precedente constitucional, ainda mais uma cláusula pétrea. Ao invés de tutelar um dos primordiais princípios constitucionais, o Supremo prefere tutelar um novo bem jurídico, o sentimento de impunidade.

O professor Fernando Facury Scaff, em seu artigo⁴⁸, brilhantemente assevera:

“E aqui surge o primeiro dever fundamental dos guardiões da Constituição: dizer *não*. Dizer *não* ao presidente da República, aos deputados e senadores; dizer *não* aos ministros e autoridades em geral; dizer *não* às pessoas simples do povo e também aos endinheirados e detentores do poder; dizer *não* à pressão da mídia. Dizer *não* em todos os sentidos que divirjam daqueles estabelecidos pela Constituição. Afinal, são seus guardiões. Quando um órgão, alguém ou um grupo de pessoas fizer alguma coisa em desacordo com a Constituição, o primeiro dever fundamental dos seus guardiões é dizer *não*; dizer que isso *não* pode ser feito dessa forma, e então seja desfeito

⁴⁷<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p.60.

⁴⁸<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>

o ato ou anulada a norma. Eis o primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Constituição: dizer *não*.”

Os Ministros Celso de Mello e o até então Presidente Ricardo Lewandowski, vencidos no julgamento do Habeas Corpus em questão, refutaram os argumentos expostos neste ponto do trabalho.

Para ambos, é ilógico imaginar a Carta Magna, pilar do ordenamento jurídico nacional, se submetendo ao poder do Estado e, ao contrário do relatado pelos Ministros vencedores, ainda que diversas situações de ordem prática melhorassem a efetividade jurisdicional, jamais poderiam ser invocadas em detrimento de um princípio fundamental.

b) Supremo Tribunal Federal como corte recursal.

A segunda tese utilizada pelos Ministros vencedores para denegar a ordem do *Habeas Corpus*, foi a impossibilidade de usar a Corte Máxima como terceira ou quarta instância.

Segundo os Ministros, os artigos 102 e 105 da Constituição Federal, não estabelecem, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como órgãos revisores de direito material.

Acreditam que o caso concreto tem, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, apenas duas instâncias para apreciação de matéria, a primeira com um juiz singular e a segunda e última com um colegiado, formado por pelo menos três magistrados mais experientes.

De forma que o juízo de segundo grau ao proferir uma decisão, automaticamente preclui a matéria fático-probatória, visto que os Tribunais Superiores não possuem competência constitucional para revisar aquela decisão, na parte que toca os fatos da causa.

A função das Cortes Superiores, conforme entendimento nesse julgado, é exercer seu papel estabilizador, uniformizador e pacificador da interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ainda segundo os julgadores, caso não se entenda dessa forma, ao assegurar de forma absoluta o princípio da presunção de inocência, se permite e incentiva os infinitos recursos admitidos pelo ordenamento jurídico nacional.

E esses recursos, muitas vezes são interpostos com o único intuito de protelar a executividade da condenação e, se possível, conseguir a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Continuam, declarando que a prescrição não se revela tão incomum, visto que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação de sentença ou acórdão recorrível. Em conjunto com a estrutura das instâncias extraordinárias, que não possibilita uma rápida resposta às demandas emanadas.

Inclusive, o Ministro Luís Roberto Barroso citou⁵² em seu voto, uma recomendação da Convenção Interamericana contra a Corrupção⁵³, ao Brasil:

“implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção.”

Assim, tendo em vista a preclusão da matéria fático probatória em segunda instância, bem como o número exorbitante de recursos, que muitas vezes visam alcançar o instituto da prescrição argumentou-se pela possibilidade de iniciar o cumprimento da pena após decisão de Tribunal de Apelação.

Curioso destacar que o Ministro Celso de Mello, vencido nesta ocasião, trouxe ao plenário um voto do então Presidente, Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF 144/DF⁵⁴, demonstrando que os números trazidos a plenário pelos Ministros vencedores podem ser analisados de outras formas:

⁵²<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p. 48.

⁵³ Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

⁵⁴ http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf

“(...) 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 porcentual 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.”

Em relação ao baixo número de recursos desprovidos, Aury Lopes Jr., em artigo⁵⁵ publicado após a decisão, refuta:

“É partir de uma premissa absolutamente equivocada, pois a legitimação dos recursos extraordinários não é 'quantitativa', não depende do número de recursos providos. Como a presunção de inocência não depende do número de sentenças absolutórias. É um argumento falacioso como foi, no passado, a crítica de Manzini à presunção de inocência, onde o processualista fascista disse que era irracional e paradoxal a defesa do princípio na medida em que o ‘normal das coisas’ era presumir-se o fundamento da imputação como verdadeiro. E vai além, ao afirmar que se a maior parte dos imputados resultava culpado ao final do processo, não havia nada que justificasse a presunção de inocência. É mais ou menos o mesmo que dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de pré-questionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral. Enfim, é um argumento insustentável.”

E em referência ao efeito devolutivo dos Recursos Extraordinários completa:

⁵⁵ http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn2

“ [...] há que se compreender que o problema (de prender-se antes do trânsito em julgado e sem caráter cautelar) não se reduz ao mero ‘efeito recursal’. É da liberdade de alguém que estamos tratando e, portanto, da esfera de compressão dos direitos e liberdades individuais, tutelados — entre outros princípios — pela presunção de inocência.

Também devemos considerar (e assumir) que essa execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o ‘tempo’ que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso.”

Um estudo⁵⁶ empírico realizado pelo professor Thiago Bottino constatou que, entre os anos de 2006 e 2014, 21,26% dos *Habeas Corpus* impetrados no Superior Tribunal de Justiça foram concedidos. Esses números são altamente relevantes e demonstram o tamanho prejuízo causado pela decisão do Supremo.

c) Evolução do princípio da presunção de inocência.

Outra justificativa mencionada pelos julgadores triunfantes foi a necessidade da presunção de não culpabilidade evoluir conforme o estágio do processo.

Destacou-se que diante das diversas esferas do Poder Judiciário, é incabível que o acusado chegue ao crivo do Supremo Tribunal Federal na qualidade de inocente e que próprio legislador garanta essa evolução ao atribuir que, para justificar um mandado de busca e apreensão, necessita apenas indícios. Entretanto, para o magistrado receber a peça inicial acusatória, já necessita indícios de autoria e materialidade e para condenar o acusado, faz-se necessário a efetiva prova do cometimento do crime, não existindo a possibilidade de dúvida.

⁵⁶ AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão / Thiago Bottino – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 60.

Concluem que influenciado pelo princípio da presunção de inocência, o legislador corretamente atribui requisitos progressivos para garantir o caráter de inocente do réu até sua sentença.

Sustentam então pela naturalidade da evolução do referido princípio, na medida que após uma condenação em primeiro grau e outra em sede de apelação, ou seja, esgotadas as instâncias ordinárias, há um forte indício de que o réu é culpado e merece ter sua prisão decretada.

Desse modo, a condenação em primeira instância representa um juízo de culpabilidade, extraídos de elementos probatórios produzidos à luz do contraditório e da ampla defesa. Em sede de apelação, após fadigada a situação fático-probatória do acusado e confirmado decreto condenatório, não se presumiria mais sua inocência.

Alegaram também que se não fosse possível admitir que a presunção de inocência tem um peso menor após um duplo grau de jurisdição, a Carta Máxima Nacional estabeleceria uma presunção absoluta de desconfiança das decisões proferidas em patamares ordinários.

Outro argumento enfatiza que a evolução do princípio da não culpabilidade, de acordo com a fase processual, é plausível desde que não atinja seu núcleo fundamental, possibilitando a execução da pena a partir do momento em que se possa considerar o acusado, culpado.

E não é só, o Ministro Luís Roberto Barroso ainda invocou⁵⁷ a ordem pública para justificar a execução antecipada:

“Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal.”

⁵⁷<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p.45

Em detrimento aos fundamentos expostos nesse item, fundamentaram os julgadores derrotados que o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental de todos os cidadãos, independente do momento processual. Em pese que todos devem ser considerados inocentes até o efetivo trânsito em julgado da condenação criminal.

Para eles, a Constituição Federal promulgada em 1988, carrega pilares extremamente democráticos em avesso às bases absolutistas que assolavam Estado na época da ditadura, garantindo ao cidadão a completa ruptura com os padrões autoritários do passado.

A Constituição Pátria também estabelece de maneira nítida os limites que podem ser ultrapassados pelos agentes estatais no desempenho da persecução penal, ao momento em que expressamente declara o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como marco inicial para execução da pena.

Ao acreditar que o princípio da presunção de inocência tem atuação regressiva, na medida em que um réu condenado na segunda instância se torna menos inocente do que um acusado que acaba de ter sua denúncia recebida, se faz, na verdade, uma presunção de culpabilidade.

d) Direito comparado como justificativa para o início do cumprimento antecipado da pena.

O Ministro relator Teori Zavascki, citou um estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, para comparar a interpretação do princípio da presunção de inocência em diversos países.

Assim, observou que, em nenhum desses países, a execução da condenação após o segundo grau de jurisdição fica suspensa aguardando a decisão de sua Suprema Corte.

Para melhor entendimento, transcreve-se parte do estudo⁵⁸ mencionado no voto⁵⁹:

⁵⁸CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078', p. 507

⁵⁹<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p.14/15

“[...] Estados Unidos. A presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional americano, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre Caso ‘Coffin versus Estados Unidos’ em 1895. Mais além, o Código de Processo Penal americano (Criminal Procedure Code), vigente em todos os Estados, em seu art. 16 dispõe que ‘se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo’. (...) Contudo, não é contraditório o fato de que as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (US Code). A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções. (...) Segundo Relatório Oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América em resposta a consulta da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, “nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes”. Prossegue informando que “o sistema legal norteamericano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão”.

[...]

Alemanha (...) Não obstante a relevância da presunção da inocência, diante de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão (...) prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. (...) Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que eficácia (...) é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário (...). As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.

França A Constituição Francesa de 1958 adotou como carta de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789,

um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo pós-Revolução Francesa. (...) Apesar disso, o Código de Processo Penal Francês, que vem sendo reformado, traz no art. 465 as hipóteses em que o Tribunal pode expedir o mandado de prisão, mesmo pendentes outros recursos. (...).”

O Ministro Luiz Roberto Barroso expôs que todas essas Constituições definem como marco para a fim da presunção de inocência, o momento em que a culpa é provada, em sua opinião, após sentença condenatória elaborada por Tribunal de Apelação

Ademais, entende que seja possível ocorrer equívocos ou abuso nas decisões condenatórias, contudo indica outros mecanismos de controle aptos a suspender o cumprimento da pena, inibindo as graves consequências ao acusado.

Destarte, decidindo o Supremo Tribunal Federal pela permissão do cumprimento antecipado da pena, não deixaria o acusado desamparado da tutela jurisdicional em caso de severa violação de direitos.

Como complemento, o Ministro Gilmar Mendes referiu-se à Lei da Ficha Limpa⁶⁰ como exemplo das consequências que a sentença, mesmo sem trânsito em julgado, pode gerar a um condenado, sem necessariamente comprometer a presunção de não culpabilidade.

A lei supracitada considera, em seu artigo 1º, inciso I, “e”, inelegíveis aqueles que, pelo cometimento de diversos crimes graves, tenham acordão condenatório, prolatados em segundo grau.

A norma em questão foi objeto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, e julgada⁶¹ constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁰ Lei Complementar 135/10

⁶¹EMENTA: AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA

Em já mencionado artigo, Lênio Streck aponta:

“A chamada “Lei da Ficha Limpa” (LC 135/10) aumentava as hipóteses de inelegibilidade, atingindo candidato que tivesse sido condenado por decisão colegiada nos casos de alguns crimes. A questão chegou ao STF, na análise conjunta das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, tendo a Corte reconhecido sua constitucionalidade. Mesmo assim, nas divergências abertas à época, alguns ministros já criticaram a relativização da presunção de inocência, invocando o art. 5º, inc. XXXVI, CFRB/88. A afronta a tal dispositivo se torna mais escandalosa quando tratamos da prisão de alguém.”

Mesmo que se argumente em relação à Lei de Ficha Limpa⁶², também estão presentes no ordenamento jurídico pátrio, normas infraconstitucionais que impõe como pressuposto pra início da execução de sentença condenatória, o seu efetivo trânsito em julgado.

Nesse ponto, reproduz-se o voto⁶³ do Ministro Celso de Mello:

“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

PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.

⁶²Lei Complementar 135/10

⁶³<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> p.95

necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”
(grifei).”

Em posição consonante ao disposto acima, encontra-se o artigo 283 do Código de Processo Penal, já transcrito anteriormente.

Independente do argumento jurídico convocado, seja ele constitucional ou infraconstitucional, nenhuma execução de condenação criminal pode ser implementada sem o necessário trânsito em julgado.

No tocante ao estudo apresentado pelo Ministro Relator, Aury Lopes Jr. argumenta em seu texto outrora mencionado:

“Foram generalizações que desconsideraram as inúmeras diferenças entre os sistemas jurídicos, que começam na investigação preliminar (nos Estados Unidos o modelo é policial, mas eles possuem — no âmbito estadual — mais de 17 mil agências policiais... na França o modelo é de Juiz de Instrução e na Alemanha, desde 1974, é um modelo de promotor investigador), passando pelo julgamento de primeiro grau (há uma distinção crucial: são países que adotam um julgamento colegiado já em primeiro grau, completamente distinto do nosso, cujo julgamento é monocrático (juiz singular), passando pelas diferenças no sistema recursal e desaguando na absoluta diferença do sistema carcerário (sobre isso, nem preciso argumentar...). Sem falar na diversidade de políticas criminais e processuais. Ademais, muitos desses países não admitem que se chegue, pela via recursal, além do segundo grau de jurisdição. O que se tem depois, são ações de impugnação, com caráter rescisório, desconstitutivas da coisa julgada que já se operou. É uma estrutura completamente diferente. Para além disso, há uma diferença crucial e não citada: nossa Constituição prevê — ao contrário das invocadas — a presunção de inocência ATÉ o trânsito em julgado. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.”⁶⁴

Posição semelhante a do Ministro Celso de Mello, que considera o texto constitucional claramente garantidor do juízo de inocência até o trânsito em julgado. Razão pela qual se

⁶⁴ http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn2

mostra inadequado comparar a nossa Carta Magna com as Constituições de países como França e Estados Unidos, uma vez que não possuem, de forma expressa, o necessário cumprimento do trânsito em julgado.

O próprio Ministro Gilmar Mendes, que votou pela não concessão da ordem, admitiu não fazer sentido comparar a Constituição Brasileira com outros textos internacionais, como Estados Unidos, Alemanha, visto que estas possuem tradições diversas da adotada pelo Brasil.

A tradição italiana, adotada pela Constituição Nacional prevê que a presunção vigore até o trânsito em julgado, do mesmo modo que as Constituições de língua portuguesa.

Portando, caso venha a se fazer um comparativo, impõe-se necessário uma abordagem dentro de dispositivos que são derivados da mesma escola jurídica.

Por fim, é imperioso ressaltar que a ordem de pensamento de parte do plenário encontra-se invertida. Como visto no capítulo anterior, se presentes os pressupostos necessários, a prisão preventiva pode ser decretada à luz da presunção de inocência.

Logo, o entendimento deve seguir a linha que, de forma cautelar e excepcional, pode-se prender alguém sem trânsito em julgado, e não no sentido de prender todos os condenados em segunda instância e conceder a liberdade apenas em casos extraordinários.

e) Seletividade do sistema penal.

O ultimo tema abordado pelos Ministros vitoriosos foi que a interpretação mais absoluta do princípio da presunção de inocência aumentou a seletividade do sistema penal.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, os réus com mais poder econômico têm a condição de contratar os melhores advogados para interpor e defende-los em sucessivos recursos.

De tal forma, os crimes de natureza econômica, também conhecidos como crimes de colarinho branco, naturalmente são cometidos por pessoas que possuem uma condição financeira mais avantajada.

Para ele, a dificuldade de se punir efetivamente quem comete tais delitos, incentiva a prática desses crimes e gera uma seletividade no sistema criminal, tal ponto que fere a garantia fundamental de igualdade.

Importante destacar que mais uma vez o pensamento da Suprema Corte encontra-se direcionado para o caminho inverso. Que existe uma seletividade criminal, não há dúvidas, entretanto a disparidade se dá pelo fato de milhares de pobres, principalmente negros, estarem submetidos a juízos diferenciados dos ricos e brancos.

Até mesmo o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski assumiu que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se completamente falido.

Em julgado anterior, mais precisamente na APF 347, o Supremo admitiu a violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo

Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Por isso, não faz sentido reduzir a interpretação de uma garantia fundamental e com isso, colocar milhares de pessoas que se encontram aguardando recursos em instâncias superiores, dentro das condições degradáveis desse sistema penitenciário arruinado.

4.2 Entendimento do Ministro Celso de Mello no HC 135.100/MG

É imperioso ressaltar que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP não teve efeito *erga omnes*, mas sim *inter partes*, visto que foi realizado por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Apesar disso, criou-se um forte precedente para que os tribunais de segundo grau possam executar a pena logo após o édito condenatório. Passa-se a decidir de formas diferenciadas casos análogos, produzindo uma insegurança jurídica, ao ponto que depende exclusivamente do entendimento do colegiado para o acusado iniciar o cumprimento da pena de forma antecipada.

Estaria se admitindo que o réu dependeria da própria sorte na hora da distribuição do recurso de apelação, para não ter a sua prisão em segunda instância decretada.

O *Habeas Corpus* 135.100/MG⁶⁵ foi impetrado justamente em razão de uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que condenou o acusado e, de ofício, expediu

⁶⁵EMENTA: “HABEAS CORPUS”. CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. “REFORMATIO IN PEJUS”. VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, “in fine”). DECRETAÇÃO, “exofficio”, DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (“CARCER AD

mandado de prisão para início do cumprimento da pena, com base na decisão STF no HC 126.292/SP.

O mais assustador é que o recurso de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi interposto somente pela defesa do réu.

Diante da decisão do tribunal de apelação, a defesa do acusado impetrou o HC 348.598/MG, que não foi conhecido, também com base no julgamento do Supremo.

“PROCESSUAL PENAL. ‘HABEAS CORPUS’ IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ‘HABEAS CORPUS’ NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe ‘habeas corpus’ substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Conforme recente decisão do Plenário da Suprema Corte, no julgamento do HC n. 126.292/SP, ‘a execução provisória

POENAM”). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, “CAPUT”). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência'. Logo, esgotadas as instâncias ordinárias, fica autorizado o recolhimento do réu para o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, mesmo que pendente o trânsito em julgado da condenação. 3. 'Habeas corpus' não conhecido. Fica sem efeito a liminar anteriormente deferida."

O Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, deferiu a cautelar e concedeu a liberdade ao paciente. Alegou que a decisão afronta a norma infraconstitucional expressa no artigo 617 do Código de Processo Penal, que veda a possibilidade de "*reformatio in pejus*".

Prosseguiu no sentido que fere claramente o princípio constitucional da presunção de inocência e se valeu de fundamentação bem parecida com a que ostentou para fundamentar sua posição no HC 126.292/SP, inclusive transcreveu diversas partes do seu voto.

"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."

De tal forma, é impossível imaginar a quantidade de *Habeas Corpus* que serão impetrados nas instâncias superiores, visto que alguns tribunais de apelação já começaram a se valer do precedente jurisprudencial para executar a pena de forma antecipada.

O que se pode ter certeza, é que com o aumento do número de remédios constitucionais impetrados nas Cortes Superiores, a tão defendida eficácia da jurisdição, restará ferozmente comprometida.

4.3 Argumentação do Partido Ecológico Nacional e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nas ADCs 43 e 44

Como destacado, diante da decisão que modificou o entendimento da Suprema Corte Federal, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propuseram duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a 43⁶⁶ e 44⁶⁷, pra que seja declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

As teses abordadas nas ADCs serão expostas de forma conjunta, tendo em vista que ambas possuem o mesmo conteúdo.

O objeto das ações ajuizadas é o artigo 283 do Código de Processo Penal, que foi introduzido pela Lei 12.403/11 e estabelece a necessidade do trânsito em julgado da condenação como condição para iniciar o cumprimento da pena. O dispositivo em questão não foi abordado pelo STF no HC 126.292/SP.

Os proponentes acreditam que para fixar o parâmetro decidido pela Corte Máxima, faz se necessária a declaração de inconstitucionalidade da norma, visto que tal preceito não se adéqua ao novo entendimento.

Inclusive, a posição do Ministro Teori Zavascki na Reclamação nº 2.645 é citada pelo Conselho Federal da Ordem:

“No que diz respeito especificamente aos órgãos jurisdicionais, não se admite, porque então sim haverá ofensa à Constituição, seja negada aplicação, pura e simplesmente, a preceito normativo, sem antes declarar formalmente a sua inconstitucionalidade.”⁶⁸

Salientam que devido à enorme importância da matéria para a conformação do sistema penal brasileiro, é crucial a participação da sociedade no processo de interpretação constitucional.

Na ação, explicam porque não foi pedida a declaração de inconstitucionalidade do artigo 637 do Código de Processo Penal. O dispositivo impõe que, ao recurso extraordinário

⁶⁶ [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25554/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25554/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)

⁶⁷ *Idem*

⁶⁸ Rcl nº 2.645, Rel. Min. Teori Zavascki, STJ, Corte Especial, DJe 16/12/09

em matéria criminal, não é atribuído efeito suspensivo, permitindo o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Segundo os requerentes a Lei 12.403/11, que introduziu a nova redação do artigo 283 é mais recente do que o artigo 637, que entrou em vigor junto com CPP, em 1941, além de mais específico. O artigo 283 versa especificamente a respeito de prisão, enquanto o artigo 637 cuida de modo geral do recurso extraordinário.

Desta forma, como ambas encontram-se no mesmo plano infraconstitucional, podem-se aplicar os critérios, específico e cronológico, de resolução de antinomias.

Outro ponto alegado foi em relação à liberdade que tem o legislador para elaborar as normas, haja vista que são representantes do povo, eleitos democraticamente e tem total liberdade na elaboração de novas regras, devendo observar os limites estabelecidos pelo texto constitucional.

De acordo com os proponentes, é necessário um forte motivo para invalidar um ato legislativo, de modo que se houverem dúvidas, deve ser invocado o *in dudio, pro legislatore*.

Para confirmar a posição, o Conselho da OAB citou em sua inicial, parte do voto proferido pelo Ministro Ayres Britto na ADI nº4451⁶⁹:

“Tenho muito receio da principiologia, que, no início deste novo século, parece substituir a antiga legislatura. Fala-se hoje em uma nova figura jurídica, a legisprudência, um direito nascido da mescla – muitas vezes espúria – entre as fontes democráticas da atividade legislativa e a criação jurisprudencial livre. Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser primordialmente cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos princípios como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar

⁶⁹ ADI nº 4.451 MC/REF DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, STF, julgado em 02/09/2010

exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.”

Nessa esteira, destacam o princípio da separação de poderes, que delimita a participação de cada um dos poderes, não podendo o Judiciário invadir a seara do Legislativo para modificar entendimentos expressamente fixados pelo legislador.

Foi abordado também o princípio da reserva legal, estabelecido em diversos incisos do artigo 5º da CF. O princípio não permite a criação e regulamentação de modalidades de prisão por meio de sentenças, de modo que a prisão para cumprimento de pena antes do trânsito em julgado não está prevista nas leis nacionais.

Nesse ponto, citaram o artigo 7º, 2, do Pacto San José da Costa Rica:

“Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

Como mérito principal das ADCs, alegaram que o artigo 283 do Código de Processo Penal é uma interpretação possível, válida e razoável do princípio da presunção de inocência e se harmoniza perfeitamente com o princípio do *in dubio pro reo*.

Os requerentes reconheceram a existência de outras interpretações do artigo 5º, LVII, entretanto o texto infraconstitucional que é objeto dessas ações, se enquadra somente à interpretação mais gantista do Supremo Tribunal Federal.

O artigo veta de forma expressa o cumprimento da pena antes que a sentença tenha transitado em julgado, não se mostrando compatível com a decisão tomada pela Corte, de modo que deve prevalecer a opção tomada pelo legislador.

Ademais, concluíram que o artigo repete e reproduz a norma constitucional, logo possui sua constitucionalidade espelhada.

Em novo tópico, fizeram uma abordagem crítica da decisão do STF, em virtude do péssimo sistema carcerário que possui o Brasil. Defenderam que existe uma cultura de encarceramento no país, que é agravada com o novo entendimento jurisprudencial.

Para ilustrar, o Partido Ecológico Nacional reproduziu o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347, cuja ementa já foi transcrita neste capítulo:

“As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.”⁷⁰

Justamente pelo estado inconstitucional que se encontra o sistema prisional brasileiro, sustentam que a constitucionalidade do artigo 283 do CPP se mostra realmente necessária.

Além disso, argumentaram que ordenamento jurídico pátrio prevê outras medidas cautelares com o intuito de transformar o encarceramento em medida última extrema, aplicada

⁷⁰ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>

apenas quando presentes os requisitos legais, dentre eles o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, pode-se aplicar as medidas alternativas à prisão de forma analógica aos casos de cumprimento antecipado da pena.

Como último argumento, o Partido Nacional Ecológico, citou em sua exordial, constatações através do estudo de pesquisas empíricas, dentre elas, a do professor Thiago Bottino, já referida neste trabalho.

Essas pesquisas reconhecem diversos vícios na instituição da pena. As nulidades mais recorrentes são desinentes da ausência de fundamentação e do famoso *bis in idem*.

Como salientado anteriormente, a taxa média de concessão da ordem de *habeas corpus*, entre os anos de 2006 e 2014, Superior Tribunal de Justiça foi de 21,26%⁷¹. Se for analisado em alguns temas específicos, os dados são ainda mais intrigantes. Por exemplo, os crimes de roubo em que o HC foi impetrado pela ausência de fundamentação concreta para o agravamento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, a taxa de sucesso chega a incríveis 62%⁷², quando se consideram somente as decisões proferidas pelo TJ de São Paulo.

Os números de HC concedidos no Supremo Tribunal Federal são mais modestos, apenas 9,20%⁷³, mas o professor Thiago Bottino explica a divergência:

“Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.”⁷⁴

Já a taxa de reversão nos recursos especiais variou nos últimos anos entre 29,30%⁷⁵ em 2015 e 49,31%⁷⁶ em 2008. No STF, o número de recursos extraordinários providos também é bem menor, apenas 0,22%⁷⁷, entre os anos de 2009 e 2010.

⁷¹ AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão* / Thiago Bottino – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 60.

⁷² *Idem* p. 63.

⁷³ *Idem* p. 60.

⁷⁴ *Idem* p. 61.

Portanto, é inegável que as altas taxas de reversão das decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância, revelam o prejuízo que terão os acusados condenados em sede de apelação, visto que possuem releváveis chances de modificar sua situação penal, mas aguardarão trancafiados nos, inconstitucionais, cárceres brasileiros.

O Conselho da OAB ainda alegou que independentemente dos números, é necessário enfrentar a questão através de critérios qualitativos.

Ultrapassadas as questões de mérito, foi requerido pelos proponentes que caso o Supremo venha a entender pela inconstitucionalidade do artigo 238 e mantenha o entendimento proferido naquele julgado, aplique o princípio da irretroatividade para não afetar os acusados que foram sentenciados em segundo grau e estão aguardando, em liberdade, recurso nos tribunais superiores.

Para fundamentar o pedido, citaram Leônidas Ribeiro Scholz:

“As normas que repercutam direta ou indiretamente, sobre a liberdade do cidadão, contemplando medidas que tratem, originalmente ou não, da sua privação antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, são normas apenas formalmente processuais, mas essencialmente materiais, independentemente do caráter da legislação que contenha.”⁷⁵

E Cezar Roberto Bittencourt⁷⁹:

“em qualquer caso em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, não terá vigência o

⁷⁵ Relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>.

⁷⁶ Relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=125>.

⁷⁷ http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medida_4.pdf.

⁷⁸ SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. A eficiência temporal das normas sobre prisão e liberdade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 14, p 200.

⁷⁹ Bittencourt, Cezar Roberto Tratado de direito penal: parte geral 1. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 218-219.

princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a legislação vigente na época do crime.”

Por fim, foi salientada a divergência jurisprudencial criada pela decisão do STF e requerida a concessão da cautelar, observados os requisitos essenciais, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, para determinar:

“a. Não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e sejam suspensas as que já estiverem em curso, libertando-se, até que a presente ação seja julgada, as pessoas que ora se encontram encarceradas, sem que a respectiva decisão condenatória tenha transitado em julgado;

b. subsidiariamente, caso essa Corte indefira o pedido anterior, requer-se seja realizada, em caráter cautelar, interpretação conforme a Constituição do artigo 283 do Código de Processo Penal, a fim de determinar, enquanto não se julgar o mérito da presente ação, a aplicação, por analogia, das medidas alternativas à prisão previstas no art. 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância;

c. por fim – se os pedidos cautelares formulados nos itens a e b não forem acolhidos – requer-se 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 de recurso especial.”⁸⁰

4.4 Participação dos *amicus curiae* nas ADCs 43 e 44

A decisão do Supremo Federal Criminal que permitiu o início do cumprimento da pena após decisão condenatória em segunda instância, gerou um grande impacto na

⁸⁰ [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25554/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25554/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial) p.74/75

comunidade jurídica, fazendo com que os mais variados operadores do direito e inúmeras instituições se manifestassem a respeito do tema.

Algumas dessas instituições tiveram seu pedido de habilitação na qualidade de *amicus curiae* deferido, para auxiliar os Ministros no julgamento do mérito e da cautelar das ADCs.

Em apertadíssima síntese, é possível definir o termo *amicus curiae*, ou amigo da corte, terceiro interveniente que é admitido no processo com o intuito de auxiliar o julgador na interpretação do Direito.

Foram habilitadas as seguintes entidades: Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro; Defensoria Pública da União; Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Associação dos Advogados de São Paulo (AASP); Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABAC); Instituto Ibero Americano de Direito Público; Instituto dos Advogados Brasileiros; Procuradoria Geral da República.

Em suma, com exceção da Procuradoria Geral da República, todos foram favoráveis à procedência do pedido principal das ADCs, bem como o deferimento da cautelar. No geral, os argumentos utilizados foram os mesmos já abordados até então, de forma que não se faz necessário repeti-los.

A Defensoria Pública da União apresentou um estudo interessante, no qual em um universo de 5.161 processos compostos por *habeas corpus*, agravos de instrumento, agravos em recurso especial e recursos especiais, 711 (13,77%) tiveram vitórias, ainda que parciais. Já no STF, entre 1/1/2015 e 15/6/2016, o número computado de *habeas corpus* e recursos *habeas corpus* que foram impetrados com o paciente condenado em segunda instância foi de 346 processos. Dentre eles 28 casos (8,09%) foram bem sucedidos.⁸¹

⁸¹ [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=579568069#87%20-%20Peti%20de%20apresenta%20de%20manifesta%20\(48355/2016\)%20-%20Peti%20de%20apresenta%20de%20manifesta%20](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=579568069#87%20-%20Peti%20de%20apresenta%20de%20manifesta%20(48355/2016)%20-%20Peti%20de%20apresenta%20de%20manifesta%20)

Apesar da impetração do HC, sem recurso extraordinário acarretar no trânsito em julgado da sentença, a numeração serve como base para fundamentar as mudanças proferidas pelo STF nas decisões dos tribunais ordinários.

Com isso, a DPU alegou que o alto índice de alterações em segunda instância, revela uma relutância dos Tribunais em adequarem seus julgados conforme as orientações das Cortes Superiores.

Outros números foram apresentados, desta vez pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e apontam que, em fevereiro de 2015, 54% dos recursos especiais interpostos por ela foram ao menos parcialmente providos pelo STJ. No mês de março do mesmo ano, a taxa de êxito alcançou 65%. Os mesmos índices são em relação aos pedidos de habeas corpus, 48% em 2015 e 49% em abril de 2016.

Mais um dado interessante foi levantado, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, revelou que em 80 recursos interpostos e *habeas corpus* cujo objeto era a absolvição, redução de pena, a atenuação do regime de pena ou a substituição por pena restritiva de direitos, 30 (37,5%) tiveram resultado positivo⁸².

A DPGE citou ainda sua nota pública, emitida após a decisão da Suprema Corte:

“(...) o efetivo carcerário brasileiro é composto por 63% de mulheres e 27% de homens presos por tráfico. Em muitos desses casos os tribunais estaduais têm negado aos acusados alternativas legais à privação de liberdade (art. 33, §4o da Lei 11.343/06), o que em larga medida tem sido reparado nas instâncias superiores, garantindo-se a liberdade até o esgotamento das instâncias recursais. Neste sentido, o giro jurisprudencial adotado aprofundará o cenário de colapso do sistema penitenciário no Brasil. Além da terceira maior população prisional no cenário mundial, o Brasil ostenta também as quintas maiores taxas de ocupação carcerária (superlotação) e de presos provisórios (sem condenação transitada em julgado) do mundo. O aceno do STF a uma opinião pública cuja agenda desconsidera o incremento de quase 600% da população prisional brasileira ao longo dos últimos quinze

⁸² [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=551770853#14%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20\(26669/2016\)%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=551770853#14%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae%20(26669/2016)%20-%20Pedido%20de%20ingresso%20como%20amicus%20curiae)

anos, sem que tal expansão tenha impactado significativamente nos índices de segurança pública, parece olvidar que os graves problemas sociais relacionados à violência urbana não passam pelas determinações jurídico-penais das quais o Supremo Tribunal Federal se valeu para decidir contra o texto constitucional expresso⁸³

Por fim, apresentou um caso concreto em que a ré foi condenada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a pena de quatro anos e três meses de reclusão em regime inicial semi-aberto. Após o julgamento do STJ no agravo em recurso especial 414.426/RJ, a pena foi reduzida para três anos e três meses de reclusão em regime aberto e ainda substituiu a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Caso a ré tivesse sido condenada em segunda instância após a decisão do STF no HC 126.292/SP, teria cumprido pena de prisão durante aproximadamente um ano, sem a necessidade.

O professor e advogado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Thiago Bottino, sustentou no Plenário que nos anos de 2014 e 2015, 64% dos Recursos Extraordinários foram interpostos pela acusação, ao passo que apenas 36% foram interpostos pela defesa. Esses números indicam que os recursos não ensejam protelar o cumprimento da pena, mas sim reformar sentenças de segundo grau que estão em desacordo com a interpretação dos Tribunais Superiores.⁸⁴

Último argumento abordado neste subcapítulo será o crescimento do número de encarcerados no sistema prisional brasileiro.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa mencionou um levantamento realizado pelo Ministério da Justiça que constatou um aumento de 33% na população prisional brasileira entre os anos de 2008 e 2013⁸⁵.

⁸³ <http://s.conjur.com.br/dl/magistrados-entidades-advocacia.pdf>

⁸⁴ <https://www.youtube.com/watch?v=LHkEmQ50PSM> 1'06"29

⁸⁵ Cf. levantamento do Infopen, disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgaranovo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, consulta em 5.6.2015

Essa alarmante porcentagem certamente irá crescer com o novo entendimento do STF, uma vez que terão que aguardar o julgamento de seus recursos – cujos dados mostram eficiência.

4.5 Decisão do Plenário do STF na cautelar das ADCs 43 e 44.

Consoante citado em tópico acima, as medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 foram julgadas em conjunto, visto que possuem objeto idêntico.

Em 1 de setembro de 2016, o relator das ações, Ministro Marco Aurélio, iniciou o julgamento da liminar, ouviu as partes interessadas e concedeu a cautelar para suspender as execuções provisória daqueles que tem sua culpa questionada nos Tribunais Superiores. Estendeu os efeitos aos pedidos subsidiários.⁸⁶

O retorno do julgamento se deu na sessão do dia 5 de outubro de 2017, quando o STF decidiu, por maioria, pela não concessão da liminar.

As teses abordadas pelo Ministro Relator, bem como seus pares, foram as mesmas do julgamento do HC 126.292/SP, com exceção do Ministro Dias Toffoli que votou dessa vez para conceder parcialmente o provimento da cautelar. Para ilustrar seus argumentos, o Ministro Marco Aurélio, apontou alguns números trazidos ao Plenário pelos requerentes e interessados.

O Ministro Edson Fachin citou alguns casos emblemáticos em que a morosidade judicial em solucioná-los violou intensamente direitos humanos e adiantou que não considerar a decisão proferida anteriormente contrastante com o artigo 283 do Código de Processo Penal.⁸⁷

O Ministro Teori Zavascki, Relator naquele *Habeas Corpus*, também não considerou incompatibilidade entre o entendimento do STF na ocasião e o artigo 283 do Código de Processo Penal e refutou o argumento da inconstitucionalidade do sistema carcerário

⁸⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=IHKEmQ50PSM> 2'38"10.

⁸⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>

brasileiro. Para ele, essa tese implicitamente indica que não deve se aplicar mais a pena privativa de liberdade no país, o que se mostra completamente desproporcional.⁸⁸

Em derradeiro, o Ministro Dias Toffoli salientou que é possível interpretar o requisito do trânsito em julgado como exigência de certeza formação de culpa, e essa certeza se dá após o julgamento de Recurso Especial, visto que presta a correção de ilegalidades de cunho individual, por isso possuem maior número de reformas, tanto da defesa como da acusação.⁸⁹

Nesse sentido, votou pela concessão parcial da cautelar para a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na presença de julgamento de Resp ou de AREsp que tenha por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC 126.292/SP e obstar sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões.

Indeferida a liminar, o Supremo Tribunal Federal julgará em breve o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade para decidir se o artigo 238 do Código de Processo Penal continua constitucional após a mudança de entendimento da corte que é expressamente contrária ao dispositivo.

⁸⁸ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>

⁸⁹ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>

5 CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência é fruto de uma conquista histórica, que desde a época do iluminismo vem colocando o direito do homem como uma garantia fundamental em qualquer ordenamento jurídico que se preze.

Ao garantir o status de inocência do cidadão até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, busca dirimir os erros provocados pelo Poder Judiciário, o que, como já se viu com os números apresentados pelo presente trabalho, ocorre com frequência, até porque o direito não é uma ciência exata.

Sob esse pensamento, é natural que alguém realmente culpado se beneficie do princípio e escape da pretensão punitiva estatal. Porém, é um preço ínfimo que se paga em detrimento de uma garantia de extrema importância.

Diante desse princípio se gera uma sistemática voltada para a proteção do acusado no processo penal, introduzindo os já mencionados, *in dubio pro reo*, ampla defesa, direito ao silêncio, etc.

Limita também o instituto das prisões cautelares, principalmente o da prisão preventiva, fazendo que esta só possa ser aplicada em situações extremas, quando presentes o “*periculum libertatis*” e os requisitos legais previstos na legislação infraconstitucional.

E por fim, junto com o artigo 238 do Código de Processo Penal, expressamente proíbe o início do cumprimento da pena antes que a sentença penal condenatória tenha transitado em julgado.

Por outro lado não há nenhum fundamento jurídico na Constituição Federal que possa embasar o cumprimento da pena de forma antecipada, de modo que tal decisão – que atropela uma cláusula pétrea – configura um notório ativismo judicial.

Infelizmente essa é uma situação corriqueira nos dias atuais, em que o desejo de punir, para mostrar a eficiência e a força do Poder Judiciário, se torna tão grande que as claras rédeas constitucionais são ignoradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2012.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas Corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão* / Thiago Bottino – Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. – 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*, 3ª edição, 'Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 84.078. São Paulo: Atlas.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

Cf. levantamento do Infopen, disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgaranovo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>, consulta em 3.5.2017

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986,p.1393.

<http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>

<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>

<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>

http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico#_edn2

<http://s.conjur.com.br/dl/magistrados-entidades-advocacia.pdf>

<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20\(25554/2016\)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20(25554/2016)%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=802435&b=ACOR&p=true&l=10&i=6>

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884078%2ENUME%2E+OU+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hmu88wm>

<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/doc.jsp?processo=313021.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf>

<https://www.youtube.com/watch?v=IHkEmQ50PSM>

LOPES Jr. Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013

MIRABETTI, Júlio Fabrini. Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC. Fonte: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de, A Terceira Velocidade do Direito Penal: o ‘Direito Penal do Inimigo, Curitiba: Juará Editora. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 545.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2008.

Rcl nº 2.645, Rel. Min. Teori Zavascki, STJ, Corte Especial, DJe 16/12/09

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.