

MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NAS CONDENAÇÕES EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Euclides Jerônimo da Rocha Júnior¹
Sandresson de Menezes Lopes²

RESUMO

O presente artigo apresenta vários elementos configuradores de prisão cautelares, desde a sua história, até os dias atuais, passando pelo período mais crítico da história em que mais se fez utilizar do princípio da presunção da inocência, e é claro, abordando também diversos entendimentos jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, incluindo o mais recente julgado do habeas corpus 152.752. Com ênfase na prisão em segunda instância, também havendo possibilidade da prisão cautelar logo em primeira instância, sem ferir o tão importante princípio da presunção de inocência, abordado em detalhes no presente artigo, prisões aquelas elencado no Código de Processo Penal que cooperam diretamente no combate as impunidades processuais vistas nas cortes de justiça do país.

Palavras-chave: Prisões cautelares. Presunção de inocência. Impunidades.

MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE CONDITIONS IN SECOND INSTANCE

ABSTRACT

The present article presents several configurative elements of pre-trial detention, from its history to the present, going through the most critical period in history, where the principle of presumption of innocence was most used, and of course, of the Federal Supreme Court, including the most recent judgment of habeas corpus 152,752. With the emphasis on arrest in the second instance, also being

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário UNI-RN
Email; jrochajus@gmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário UNI-RN
Email; sandresson1@hotmail.com

possible the arrest early in the first instance, without hurting the so important principle of the presumption of innocence, addressed in detail in this article, prisons those listed in the Criminal Procedure Code that cooperate directly in the fight the procedural impunity seen in the country's courts.

Keywords: Precautionary prisons. Presumption of innocence. Impunity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo abordar elementos preponderantes acerca da prisão após condenação em segunda instância, em relação ao princípio da presunção de inocência, especificamente, se a prisão em segunda instância fere ou não aquele princípio. Recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o habeas corpus 152.752 do paciente Luiz Inácio Lula da Silva e, em uma votação equilibrada, por 6 votos a 5, a turma entendeu pela legitimidade da prisão em segunda instância. Fortalecendo ainda mais o entendimento exsurgido no julgamento do Habeas Corpus de número 126.292, na data 17.02.2016 do paciente Márcio Rodrigues Dantas, por 7 votos a 4, julgou improcedente tal HC, mudando a jurisprudência sobre a prisão em segunda instância, a despeito do disposto no Art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) que diz; “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”, e do Artigo 5º LVII da Constituição Federal que diz; “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal discussão jurídica é de suma importância para o amadurecimento constitucional, tendo em vista o equilíbrio de opiniões, bem como um ponto importante, e talvez de opiniões unânime: assegurar republicanamente, que todos devem ser tratados com respeito, consideração e igualdade perante o judiciário Brasileiro, porém com sua devida justiça e sanções punitivas imposta pelo Estado.

Ademais, será abordado toda a parte histórica do princípio da presunção da inocência, até os momentos mais recente no que se refere à prisão em segunda instância.

Referente a metodologia utilizada, trata-se de uma pesquisa teórica; bibliográfica, com a essência de esmiuçar todo conteúdo científico a respeito do tema, e de todos seus elementos intrínsecos; qualitativa, pois todas as informações expostas são de natureza descritiva; e de método indutivo, por se tratar de proposta que regulam o Direito Processual Penal e Constitucional, tendo em vista a compreensão, e o reflexo das decisões abordada, e todo reflexo em face dos tribunais julgadores, e da sociedade.

2 DO PRINCÍPIO HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Neste capítulo será abordado a parte histórica do princípio jurídico da presunção de inocência, também conhecido como da não culpabilidade, a luz do Direito Processual Penal e Constitucional.

Na contextualização histórica, durante idade média, as penas eram totalmente desproporcionais, o poder dos julgadores na época era baseado no que eles entendiam como pena justa. Existiam vários métodos absurdos de penalizar um suposto criminoso, como por exemplo; amarravam uma bola de peso nos pés dos acusados e o jogavam em um rio, caso ele conseguisse escapar era presumido a inocência, caso viesse a óbito, era considerado culpado. Também, nessa época não existia proporcionalidade entre os delitos e a pena aplicada – poderia sofrer a mesma pena um criminoso que roubasse um alimento qualquer, ou quem assassinou toda uma família, a insegurança jurídica da época trazia uma sensação de pânico para sociedade.

Não devem ser confundidas as penas com as práticas de torturas, pois determinada prática era imposta para que o acusado confessasse a autoria do seu crime. Assim tinha uma natureza diferente das penas, e sim, funcionava como meio de provas.

Como bem salienta Cláudio Brandão (2002, p. 24): “Não havia na época nenhuma garantia ao respeito da integridade física do condenado ou mesmo daquele que era investigado; o arbítrio do julgador criminal não tinha nenhum limite”.

Durante a alta idade média não havia preocupações com determinados princípios, como o da dignidade da pessoa humana, o da presunção da inocência, pelo fato do direito ser aplicado pelos senhores feudais.

Em 1789, mais precisamente na primeira fase da Revolução Francesa, fora elaborada a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão, para começar a limitar determinados tipos de abuso, dando início a uma revolução bastante conhecida. O Art. 9º. Da Declaração do Direito do Homem e do Cidadão consagrou o Princípio da Presunção da Inocência, assim estabelecendo: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (DECLARAÇÃO..., 1789).

Já àquela época o grande filósofo italiano Césare Beccaria (2015, p. 71) aludia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tirar-lhe a pública proteção, a menos que ele tenha violado os pactos estabelecidos”.

Após determinado evento revolucionário, que serviu como inspiração para a atual Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948. Logo após, em 1969 este princípio foi utilizado no Pacto de São José da Costa Rica em que o Brasil é signatário, e posteriormente na Constituição Federal de 1988, no qual este preceito encontra-se registrado no seu Artigo 5ºLVII que declara; “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS REGRAS DO DIREITOS HUMANOS

3.1 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH)

Na data de 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, Costa Rica, nasce o que até a data atual é conhecida como Pacto San Jose da Costa Rica, e que em 18 de julho de 1978 o tratado entra em vigor, sendo base fundamental do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Contendo 81 artigos, que foca principalmente nos direitos fundamentais da pessoa humana, como Direito a Vida, a educação, a dignidade da pessoa humana e

moral, a liberdade religiosa, a presunção de inocência entre outros direitos taxativos no tratado.

O maior objetivo do tratado é de assegurar as pessoas que vivem nos países signatários, inclusive o Brasil, o Direito a viver de forma livre, com a garantia de que seus direitos e garantias fundamentais esteja assegurado.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada em 1969 em uma Conferência intergovernamental foi consagrada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). O encontro aconteceu em San José, na Costa Rica, isso confirma o porquê de a Convenção Americana ser também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica” (BUERGENTHAL apud PIOVESAN, 2002, p. 230).

Em 1948, na Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil votou na assembleia geral e aprovou a Declaração dos Direitos Humanos, no qual havia taxativamente o princípio da presunção da inocência, e apenas em 1988 na Constituição Federal Brasileira fora escrito tal princípio, notoriamente visto como princípio basilar no seu Artigo 5º LVII. Com a aprovação pelo Congresso Nacional, pelo decreto legislativo nº 27 de 1992, e com a Carta de Adesão do Governo Brasileiro, anuiu-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu em seu art. 8º, I, o Princípio da Presunção de Inocência, ao afirmar que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (PACTO..., 2018).

Na realidade o Brasil possui dois textos legais no âmbito constitucional, que assegura o princípio da presunção de inocência, tanto o Pacto de São José da Costa Rica, como o art. 5º, LVII, da CF/88, reconhecem, expressamente, a vigência desse princípio.

4 HISTORIA DA PRISÃO EM 2º INSTÂNCIA

4.1 NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao longo dos anos o Brasil teve diversas leis penais, a Constituição do Império (1824), o Código Criminal do Império (1830), o decreto nº 1, em 15.11.1889, e logo em seguida criam-se a Constituição da República de 1891 e um novo Código Criminal em 1890, que desde a época o cumprimento da pena iniciava antes mesmo de uma condenação em 1º instância.

Em 3.10.1941, com a promulgação do Código de Processo Penal, sempre se admitiu a prisão em 2º instância, ficava estabelecido que o juiz pode aplicar provisoriamente, medidas de segurança ainda no curso do inquérito. Com base no histórico autoritário, com o Estado Novo, considerava-se um juízo de antecipação de culpabilidade, onde uma simples denúncia ensejava levar o indivíduo ao cárcere. Na época para recorrer de prisão só estando preso, indo na contramão do princípio da presunção de inocência.

Apenas na Constituição de 1988 que o princípio da presunção de inocência foi legitimado, porém, de um lado estava o Código de Processo Penal que discorria sobre a antecipação da culpabilidade, e do outro a Constituição Federal recém-formulada, onde encontra-se taxativamente a não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença. A Súmula nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, que vigorava na época, respondia que uma pessoa pode ser presa antes que todos os recursos sejam exauridos, e que a prisão provisória não ofendia o princípio da presunção de inocência, sendo permitido a prisão em 2º instância.

Nos termos do Artigo 637 do Código do CPP, o Recurso Extraordinário não terá efeito suspensivo, nesses termos: “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença” (BRASIL, 1941).

Nessa esteira, de acordo com norma do referido artigo, admite-se a execução provisória da sentença, como consequência de condenação em segunda instância.

A Súmula 267 do STJ previa expressamente: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão” (STJ, 2002).

Na redação original do Art. 594 do CPP se previa que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”. Após a Lei 11.719 de 20.06.2008 esse entendimento mudou, por muitos anos, após a vigência da Constituição de 1988, era pacificamente possível a prisão após decisão em 1º instância, para fins de recurso. No ano de 2003 o tema foi afetado ao Plenário, vindo a ser julgado em 23.10.2009 como não recepcionado.

Vale salientar que desde o início do CPP em 1941, até a criação da Lei 12.403, de 4.05.2011, esteve vigorando o art. 393, que era taxativo em seu escopo:

“Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados”. (BRASIL, 1941).

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, inúmeros debates foram iniciados acerca da referida previsão constitucional, tais debates eram especificamente em face do princípio abordado no texto constitucional, que se presume inocente quem cometa um delito infracional penal. A doutrina, em uma corrente, entendia que o determinado princípio não poderia ser recepcionado a presunção da inocência, e sim a presunção da não culpabilidade.

Segundo o Professor Paulo Rangel (2010, p. 24), não há de se falar em presunção, e sim em declaração, pois para ele o texto não presume que ninguém seja inocente, e sim declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Assim se pronuncia o doutrinador:

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.

4.2 NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF

No primeiro ano de Constituição Federal, mais precisamente em 29.03.1989, a segunda turma do STF no HC 67.245/MG do relator Ministro Aldair Passarinho, por unanimidade decidiram pela constitucionalidade da prisão em segunda instância, ressaltando os seguintes pontos:

PRISÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. TENDO O PACIENTE SIDO CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU, POR CRIME DE HOMICÍDIO, MAS, EM FACE DE SUA PRIMARIEDADE E DE SEUS BONS ANTECEDENTES, AGUARDANDO EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA SUA APELAÇÃO, TENDO VINDO A SER MANTIDA A CONDENAÇÃO TAMBÉM EM SEGUNDO GRAU, NÃO É DE SE LHE CONCEDER 'HABEAS CORPUS' PARA PERMANECER SOLTO, AGUARDANDO JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO, POIS, COMO RESULTA DO ART. 637 DO CPP, NÃO

POSSUI ESTE EFEITO SUSPENSIVO. NÃO AMPARA SUA PRETENSÃO O DISPOSTO NO ART. 5º, LVII DA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DE ANOTAR QUE SEQUER HÁ PROVA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. (HC 67.245/MG REL. MIN. ALDIR PASSARINHO)

Em 28.06.1991, novamente por unanimidade, o Ministro relator Neri da Silveira decidiu que o princípio da presunção da inocência não implica na prisão decorrente de apelação que teria confirmado a sentença penal condenatória.

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CON CERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2º DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTÃO AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPEÇA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (HC 68726/DF, Tribunal Pleno, Rel. MIN. NÉRI DA SILVEIRA, DJe.20/11/1992).

Sempre se entendeu possível a execução da prisão após a condenação em 2º instância, desde 1941 até precisamente 5.02.2009, quando foi apreciado o HC do ministro Eros Grau, o STF por 7 votos a 4 alterou tal entendimento, passou a interpretar o dispositivo como regra de caráter absoluto, que impedia provisoriamente a execução da pena provisória, com a intenção de efetivar as garantias processuais dos réus. Em sua emenda, foi julgado a ampla defesa, englobando todas as fases processuais, incluindo as recursais de natureza extraordinária, entendendo que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação configura restrição do direito de defesa dos réus.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada.

Após sete anos de entendimento a tese contrária que exigia o trânsito em julgado, na data de 17.02.2016, o supremo por três vezes modificou novamente tal entendimento ao julgar o HC 126.292, do relator Ministro Teori Zavaski, ao negar a cautelar nas ADCs 43 e 44, julgada no mesmo ano, além de caráter de repercussão geral no ARE 964.246, reafirmando em plenário virtual na data de 11.11.2016. Lembrando que desde 2010 em seu regimento interno, o STF prevê que se tratando de repercussão geral, sendo de reafirmação de jurisprudência dominante da corte, pode ser realizado por meio eletrônico.

Ademais, o art. 323-A, do Regimento Interno do STF, atualizado com a introdução da Emenda Regimental 42/2010, prevê que o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos Casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico

De acordo com o ministro Teori Zavaski, é “absolutamente desprovida de base real” a afirmação de que a manutenção do entendimento adotado pelo STF no HC 126.292 “acarretaria o injusto encarceramento de dezenas de milhares de condenados, notadamente de pessoas humildes, que estão sendo defendidas pela Defensoria Pública” (STF, 2016).

Essa hipótese parte do equivocado pressuposto de que há dezenas de milhares de recursos criminais em instâncias extraordinárias aguardando o julgamento e, mais, de que essas instâncias acolherão tais recursos e, assim, afirmarão a inocência dos recorrentes. Para ilustrar a evidente improcedência desse pressuposto, basta ter presente que, dos processos distribuídos ao STF no período de 2009 a 2016 (período em que se afirmou a impossibilidade de execução provisória da pena), houve um total de 22.610 recursos criminais. Desses, foram interpostos pela Defensoria Pública 2.585 REs, AREs e AIs, ou seja, apenas 11,43%. E desses, apenas 1,54% alcançaram provimento, sendo que, isso é importante, invariavelmente envolvendo matéria não relacionada à culpabilidade do acusado (em geral, prescrição e obrigatoriedade do regime fechado para crime hediondo, matérias que poderiam, com maior celeridade e eficiência, ser suscitadas em habeas corpus). Aliás, nesse mesmo período, a Defensoria Pública foi responsável pela impetração de 10.712 habeas corpus, das quais 16,15% foram concedidos, pelo menos parcialmente. Esses números reforçam a afirmação de que os habeas corpus, além de superarem, em muito, o número de recursos interpostos, representam meio mais eficiente para sanar eventuais ilegalidades ou arbitrariedades (STF, 2016).

Haja vista, a abordagem precisa das Súmulas 716 e 717 aprovadas em 24.9.2003 em sessão plenária, que tem pressupostos por situações de execução provisória de sentença penais condenatórias. Vide:

Súmula n. 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. (STF, 2018).

Súmula n. 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (STF, 2018).

Partindo desse entendimento, a jurisprudência foi mantida no julgamento do HC 152.752 do paciente Luiz Inácio Lula da Silva em 4.4.2018, que prevaleceu de um modo geral soberano aos demais entendimentos, pois em quase trinta anos de Constituição Federal 34 ministros que atuaram na matéria, apenas 9 se posicionaram contrário a possibilidade da pena após condenação em segunda instância. Vale salientar que durante todos esses anos, as mudanças de posicionamento do STF em momento algum produziram impactos significantes no sistema penitenciário Brasileiro, porém, nos últimos anos produziu notórias evolução no incansável combate a corrupção no sistema político, além de outros crimes tipificado no Código Penal Brasileiro com status de impunidade.

4.3 ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA

O Ministro Celso de Mello, uns dos poucos ministros que sustenta posição contraria ao entendimento pacificado pelo STF, afirma que o mérito da prisão em segunda instância cairá em breve no Supremo Tribunal Federal, quando prevalecerá a posição intermediária, da “possibilidade de execução da pena com a sentença confirmada pelo STJ”, diz o Ministro.

Em entrevista a Carolina Brígido e Paulo Celso Pereira, o ministro Celso de Mello lembra que o correto, pela Constituição, seria prisão só após esgotados todos os recursos. "Eu ainda estou fiel à minha posição. É uma decisão que me preocupa como cidadão. A Constituição proclamou a presunção de inocência. Diz, no artigo 5º, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É um retrocesso que se impõe em matéria de direito fundamental (a prisão antecipada), porque a Constituição está sendo reescrita de uma maneira que vai restringir o direito básico de qualquer pessoa. A Constituição exige o trânsito em julgado. As leis ordinárias exigem o trânsito em julgado. E há um limite, que é o limite semântico. Se a Constituição ou a lei diz trânsito em julgado, é transito em julgado, e não decisão de segundo grau que ainda não transitou em julgado", afirma.

Em seu voto no recente HC 152.752 o ministro tem a seguinte tese:

Em suma: (1) a presunção de inocência qualifica-se como direito público subjetivo, de caráter fundamental, expressamente contemplado na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (2) o estado de inocência, que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal; (3) a presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão de constituir presunção “juris tantum”, de índole meramente relativa; (4) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida que se sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (5) o postulado do estado de inocência não impede que o Poder Judiciário utilize, quando presentes os requisitos que os legitimem, os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar (entre as quais, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva ou a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) ou, então, quaisquer outras providências de índole cautelar diversas da prisão (CPP, art. 319); (6) a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, soberanamente, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado; (7) a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal, que atua como limite inultrapassável à subsistência da presunção de inocência, não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também adotada pelas vigentes Constituições democráticas da República Italiana de 1947. (BRASIL, 2018).

Acompanhado de o Ministro Celso de Mello, tiveram seus votos vencidos no recente HC 152.172 os eminentes Ministros do STF; Votaram pela concessão do habeas corpus Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Contabilizando os 5 votos vencidos.

5 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E SEUS PRINCIPAIS TIPOS DE PRISÕES

O processo penal Brasileiro é iniciado através de inquérito, ou denúncia (queixa-crime), ambos são formalizados pelo órgão competente e distribuído a um juiz de primeira instância (ad quem), após ter o mérito apreciado, o magistrado sentença podendo subir para a segunda instância (a quo), que normalmente é apreciado por um colegiado de juízes, prevalecendo o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Podendo em qualquer fase do processo ser decretado as prisões cautelares que o juiz entender.

5.1 DOS TIPOS DE PRISÕES

Para garantir uma administração da justiça penal, que ponha em primazia a segurança da sociedade, a Constituição Federal de 1988 trouxe algumas medidas cautelares para garantir que a pena imposta seja também executada de caráter excepcional e urgente.

As medidas cautelares são de natureza pessoal, e para que isso ocorra, devem ser preenchidos dois pressupostos básicos, conforme o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro que se refere a comprovação da existência de um crime, bem como indícios de autoria e o segundo que é o perigo da liberdade do indivíduo que pode causar danos a ordem pública e econômica (RANGEL, 2007. p. 655).

A Constituição Federal de 1988 o seu artigo 5º, LXVI, dispõe de cinco espécies de prisões cautelares, que são: a) prisão em flagrante b) preventiva c) temporária d) decorrente de pronuncia e) decorrente de sentença condenatória recorrível. Para a aplicação de qualquer uma das prisões é importante observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5.2 PRISÃO EM FLAGRANTE

A partir da etimologia “flagrante”, a doutrina define a prisão em flagrante como sendo feita no momento da certeza visual da prática do crime, no entanto o ordenamento jurídico brasileiro abrange outras situações que pode ser configurada como flagrante.

O artigo 302 do CPP expõe as condições do flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

Em suma, o objetivo da prisão em flagrante é impedir a continuidade delitiva, findando o estado de flagrância do infrator.

Nos incisos I e II do artigo 302 do CPP, podemos classificar o flagrante como próprio, também chamado de perfeito, real ou propriamente dito, vale ressaltar que no inciso II do mesmo artigo, há uma presunção de flagrante, e não sua configuração, tendo em vista, se basear apenas em elementos indicativos de que suspeito detido cometeu as infrações.

O flagrante improprio cabe nas circunstâncias do artigo 302, III, do CPP, também chamado de imperfeito ou quase flagrante.

O flagrante facultativo é taxativo no artigo 301 do CPP, pois trata de uma faculdade, e não um dever. Nesses termos: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito” (BRASIL, 1941).

Já o flagrante obrigatório, presente no mesmo artigo, é aquele realizado por autoridades policiais, ou seus agentes, no qual é obrigatória a prisão, exceto nos casos de flagrante esperado e retardado.

Por fim, o flagrante presumido, ou ficto, se configura quando logo depois do fato delituoso, o agente é encontrado com instrumentos que presuma a autoria do crime, como arma, ou objetos que atraia para ele a presunção do delito, conforme o artigo 302, IV, do CPP.

Em se tratando de crimes de ação penal privada, a prisão em flagrante é possível, de conforme a doutrina, porém, conforme o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho² o flagrante tem natureza coercitiva, sendo então, um ato capaz de fazer com que a autoridade competente chegue até a ocorrência de um crime especificado na ação penal privada, em via de regra, somente o detentor do direito.

5.3 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva, de gênero provisória, advém de uma decisão interlocutória proferida pelo juiz, totalmente de natureza processual, é aplicada a requerimento das partes, do delegado de polícia ou *ex officio*, conforme o artigo 311 do CPP, e o artigo 312 do CPP para garantir a ordem pública, econômica e o *persecutio criminis* como um todo, em detrimento de um eventual periculum in libertatis, porém a prisão preventiva não tem efeito de antecipação da pena, somente de uma medida cautelar.

Tem como pressuposto, para que seja decretada a prisão preventiva do réu, é necessário analisar a prova da materialidade do crime e o *fumus boni juris*, a fumaça do bom direito, e que o magistrado esteja munido do mínimo de indícios da autoria do crime, pois a restrição à liberdade de um indivíduo deve ser necessariamente fundada e motivada.

O artigo 312 do CPP fundamenta hipóteses de *periculum in libertatis*, requisitos possíveis de pleitear a prisão preventiva. Em garantia da ordem pública, quando for necessário impedir que o réu prossiga com suas condutas delituosas durante a investigação. Em tese, a gravidade delitiva própria de suas ações já seriam o suficiente para a prisão, com o escopo de preservar a credibilidade da justiça, evitando a configuração da impunidade.

Por garantia da ordem econômica, situação na qual a liberdade do réu prejudica a economia do país.

Por conveniência da instrução criminal, podendo o réu ser preso preventivamente, uma vez que solto, pode prejudicar com ameaças as testemunhas, vítimas, ou com destruição de provas, dentre outros.

Como último fundamento do artigo 312 do CPP, está a garantia da aplicação da lei penal, o acusado é enclausurado para que possa cumprir estritamente a pena que lhe for imposta, evitando eventuais fugas e escusas.

O artigo 313 do CPP trata da admissibilidade, independente dos requisitos do artigo 312 do CPP, somente é aplicado nos crimes doloso, e punido com pena superior a 4 anos de reclusão, e o agente sendo reincidente em crime doloso; sendo culposos, não será uma opção a se cogitar.

Porém, esta prisão só pode ser decretada se na lei já for especificada, com a finalidade de proteger o resultado útil do processo, bem como visa resguardar a tranquilidade da sociedade garantindo assim a insuspeição da justiça diante do clamor público, uma vez que neste caso, se o acusado estiver em liberdade poderá, também, por em risco a efetividade do processo. Por outro lado, se for proferida fora dos moldes especificados em lei, ferirá o Princípio da Presunção de Inocência (CAPEZ, 2006, p. 264).

Sendo assim, a prisão deverá, via de regra, não ultrapassar os 120 dias, mesmo prazo da instrução criminal, podendo ser prorrogada apenas nos casos de complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu. Excedidos os

120 dias sem justificativas, o juiz poderá revogar a prisão; não ocorrendo isso, a defesa poderá se valer de habeas corpus.

Entretanto, no Brasil, é comum casos que a prisão preventiva perpetue por anos, vide exemplo o caso do ex-deputado Eduardo Cunha que recentemente teve sua liminar negada, o ex-deputado está preso em Curitiba desde 2016 por conta da Operação Lava Jato, na qual foi condenado a 14 anos e seis meses.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. PLEITO DE REVOGAÇÃO HABEAS CORPUS. DE PRISÃO PREVENTIVA, SOB A ALEGAÇÃO DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E PROCESSUAIS ENTRE O PACIENTE, EX-DEPUTADO FEDERAL, E CODENUNCIADO BENEFICIADO COM DECRETO DE SOLTURA, MEDIANTE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TAL SIMILITUDE OU DE FATO NOVO, JURIDICAMENTE RELEVANTE, ENSEJADOR DA CONCESSÃO DA ORDEM. MANTIDO, OS TERMOS DO ACÓRDÃO IN TOTUM, PROFERIDO EM JULGAMENTO DE ANTERIORMENTE PROPOSTO EM HABEAS CORPUS PROL DO PACIENTE (Nº 0805144-47.2017.4.05.0000). LIBERAÇÃO DE CODENUNCIADO EM FACE DE SÉRIOS PROBLEMAS DE SAÚDE, NÃO SENDO O CASO DO AQUI PACIENTE. PERSISTÊNCIA DO E DO MEDIDA FUMUS COMISSI DELICTI PERICULUM LIBERTATIS. SEGREGACIONAL FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENÚNCIA DE PRÁTICA, EM TESE, DE VÁRIAS CONDUTAS DELITIVAS, ENTRE ELAS, AS DE CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA, NAS FORMAS QUALIFICADAS, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ARTS. 317, § 1º, E 333, DO CÓDIGO PENAL, ART. 1º, § 4º, DA LEI N. 9.613/1998 E ART. 2º, § 4º, INCISO II, DA LEI N. 12.850/2013). INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE DELITUOSAS REUNIDOS À SACIEDADE. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA, BEM COMO DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. GRAVIDADE CONCRETA DAS CONDUTAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL. PRESENTES REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA (ART. 312 DO CPPB). DENEGAÇÃO DA ORDEM. (HC Nº 98.053 – RN MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO)

5.4 PRISÃO TEMPORÁRIA

Regulada pela Lei 7.960/1989, também de caráter cautelar, a prisão temporária é possível apenas durante o inquérito policial, de modo a viabilizar as investigações de crimes com maior potencial ofensivo. Por se tratar de caráter cautelar, não possui o caráter de pena, semelhante as outras cautelares.

Conforme o artigo 1º da Lei 7.960/89 a prisão temporária é cabível em três situações. a) viabilizar as investigações do inquérito policial b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade c) e não menos importante, quando o investigado for

supostamente participante de qualquer dos crimes constantes no inciso III do artigo 1º da Lei 7.960/89, estupro, quadrilha ou bando, genocídio e tráfico de drogas.

Diferente da prisão preventiva, a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz, o artigo 20 da Lei n. 7.960/89 estabelece que a decretação só ocorrerá em face de representação da autoridade policial, ou por meio de requerimento do Ministério Público. Como também não pode ser decretada durante a ação penal, mas apenas no decorrer do inquérito policial, e tem duração de apenas cinco dias, prorrogáveis por igual período quando conivente.

6 DO REFLEXO DA IMPUNIDADE CONSTITUCIONAL

O princípio da presunção de inocência, é, sem dúvida, muito útil no ordenamento jurídico Brasileiro, de suma importância, tem todo seu fator histórico marcado na vitória do povo em face das injustiças marcadas pelos julgadores da época.

Entretanto, com o avanço do conhecimento do povo, principalmente nos dias atuais, esse princípio se confunde com um sentimento de impunidade, pois, em sua ampla abrangência, acaba de certa forma beneficiando culpados de crimes, e protelando sua pena de prisão até o trânsito em julgado, muitas vezes sendo até prescrito o crime por demora do judiciário em julgá-lo, demora essa que foge da essência do princípio da presunção de inocência, mas que infelizmente é de fácil percepção nas Cortes Brasileiros.

6.1 CASO EDMUNDO

Alguns casos de impunidade têm sua repercussão aflorada na mídia, como no caso do conhecido jogador de futebol Edmundo, quem em 15.09.2011 o jornal eletrônico Extra (2011) traz a seguinte notícia:

Quase 16 anos depois de se envolver num grave acidente automobilístico que deixou três mortos e três feridos na Lagoa, Zona Sul do Rio, o ex-jogador Edmundo Alves de Souza Neto não irá mais responder a processo por homicídio culposo e lesão corporal culposa. Numa decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), assinada pelo ministro Joaquim Barbosa, em 9 de setembro, foi reconhecida a prescrição da pena. Em março de 1999, Edmundo foi condenado a quatro anos e seis meses de detenção por homicídio culposo e lesão corporal culposa, em regime semiaberto. Ele conseguiu habeas corpus para responder em liberdade. A sentença que condenou o ex-jogador foi proferida pela 17ª Vara Criminal.

Ele passou uma noite na prisão, mas foi liberado no dia seguinte. Depois da condenação, os advogados do ex-jogador tentaram reverter a condenação por oito vezes no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Mas todas as tentativas foram negadas. A última tentativa de reversão da pena ocorreu em agosto de 2008.

6.2 CASO PIMENTA NEVES

O caso do jornalista Pimenta Neves que matou sua namorada (Sandra Gomide), pelas costas e por motivo fútil, em 20.08.2000. Julgado e condenado pelo Tribunal do Júri, continuava em liberdade passados mais de dez anos do fato, vivendo uma vida normal.

6.3 CASO DOROTHY STANG

O assassinato da missionária católica Dorothy Stang, de 73 anos, em 2005 chocou o País. Ícone na luta pela reforma agrária no Brasil, Stang foi executada com 6 tiros – 1 na cabeça e 5 ao redor do corpo - a mando de Regivaldo Pereira Galvão.

Sentenciado a 30 anos de prisão em 2010, Galvão teve a pena reduzida em 5 anos e ainda obteve na Justiça uma série de habeas corpus que postergaram sua ida à cadeia, o que ocorreu somente em 2017.

6.4 CASO CECI CUNHA

Eleita deputada federal pelo PSDB de Alagoas em 1998, Ceci Cunha foi assassinada no mesmo dia em que foi diplomada. No crime também morreram o marido de Ceci e mais outras duas pessoas.

Principal suspeito do crime, Pedro Talvane Luis Gama de Albuquerque, primeiro suplente da deputada, foi condenado a 103 anos de reclusão somente em 2012, (14 anos após o crime) ano em que foi preso.

6.5 LUIZ ESTEVÃO

Fechando a lista de condenados beneficiados com recursos está o ex-senador Luiz Estevão. O ex-senador conseguiu escapar da cadeia por tanto tempo

graças a um número impressionante de recursos impetrados na Justiça: 34 em 10 anos.

Acusado de desviar verbas para a construção do Fórum Trabalhista em São Paulo em um processo que teve início em 1992, Estevão foi condenado a 31 anos de prisão em 2006, mas preso apenas 10 anos mais tarde, em 2016.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto apresentado nesse trabalho, conclui-se que o princípio da presunção de inocência, também conhecido como da não culpabilidade, tem sua importância histórica, uma conquista do povo oprimido que sofriam com inúmeras injustiças aplicadas pelo julgador da época, fazendo assim jus a sua nomenclatura, tal princípio constitucional criou força e respeito em vários ordenamentos jurídicos pelo mundo. Segundo o Professor James B. Jacobs, professor de direito penal na NYU, nos Estados Unidos por exemplo, mais de 90% das pessoas processadas criminalmente vão presas já na primeira instância, mas não porque foram condenadas, e sim porque aceitaram acordo para se declararem culpadas. Com isso, abrem mão de recursos. Já os condenados em primeira instância, em geral, aguardam presos pelo julgamento em instâncias superiores, podendo até pedir a suspensão da sentença enquanto seu recurso é julgado, porém, dificilmente a solicitação é atendido.

Não se pode negar que prisões arbitrárias foram revistas, e que o respeito pelo suposto acusado veio à tona com o princípio da presunção de inocência.

Ademais, vale ressaltar que a regra é a liberdade, a prisão é uma exceção, o princípio constitucional é claro no seu texto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e em nenhum momento o princípio afirma que ninguém não poderá ser preso antes do trânsito em julgado, para isso, existe as prisões cautelares exposta no presente trabalho.

A prisão se faz necessária antes do trânsito em julgado conforme disposto no artigo 312 do Código Processo Penal, seja ela em primeira ou segunda instância, em que, em momento algum fere o princípio da presunção da inocência.

A condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado, tem sim pressupostos relevantes para o cárcere do agente infrator, pois, é inadmissível que um criminoso, onde se tem provas robustas do cometimento do crime, permaneça

em liberdade até o esgotamento dos recursos penais, foge totalmente dos preceitos da justiça, pois tal conduta gera uma inconformidade social e jurídica.

REFERENCIAS

AMARAL, Paulo. **Pimenta Neves, Edmundo, Luiz Estevão**: Recurso negado a Lula já beneficiou outros réus. 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/04/05/pimenta-neves-edmundo-luiz-estevao-recurso-negado-a-lula-ja-beneficiou-outros-reus_a_23403893/>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. (Série Legislação Brasileira).

BRASIL. **Decreto N. 3.689 de 3 de outubro de 1941**: dispõe sobre o Código de Processo Penal.

BRASIL. **HC 67.245**: pena. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483442>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. **HC 68726**: pena. 1991. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14710016/habeas-corpus-hc-68726-df/inteiro-teor-103102131?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **HC 98.053**: pena. 2018. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=83362782&num_registro=201801084238&data=20180516&formato=PDF>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. **HC 126.292**: pena. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **HC 152.752**: pena. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes-prisao.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **HC 152.752**: pena. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello-habeas.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. **HC 152.752**: pena. 2018. Disponível em:
< <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRÍGIDO, Carolina; PEREIRA, Paulo Celso. **Decano prevê revisão da prisão em 2ª instância**. 2018. Disponível em:
<<https://www.brasil247.com/pt/247/brasil247/345071/Decano-prevê-revisão-da-prisão-em-2ª-instância.htm>>. Acesso em: 23 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, José Maria da. **STF confirma prisão após 2ª instância em processo com repercussão geral**. 2016. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI248566,61044-STF+confirma+prisao+apos+2+instancia+em+processo+com+repercussao+geral>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão de 1789. 1789. Disponível em:
<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

EXTRA. **Processo de homicídio contra ex-jogador Edmundo é extinto pelo STF**. 2011. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/processo-de-homicidio-contra-ex-jogador-edmundo-extinto-pelo-stf-2627866.html>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PACTO de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 14. ed. Lumen Juris. 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Lumen Juris. 2010.

REGIMENTO INTERNO DO STF Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>> Acesso em 18 abr. 2018.

SANTOS, Vinícius. **Das prisões cautelares no direito processual penal**. 2017. Disponível em: <<https://viniocosta.jusbrasil.com.br/artigos/476034381/das-prisoas-cautelares-no-direito-processual-penal>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). 3ª turma. Súmulas n. 267: A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. **DJ 29.05.2002**. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Aplicação das Súmulas no STF.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>>. Acesso em: 7 jun. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.