

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

JUNES PEIXOTO BONES

REVOGAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO NAS
INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS: Reflexo no direito penal depois da (nova) decisão do STF
em 2019

Porto Alegre

2020

JUNES PEIXOTO BONES

REVOGAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO NAS
INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS: Reflexo no direito penal depois da (nova) decisão do STF em
2019

Monografia de conclusão de curso
apresentada na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Vanessa Chiari
Gonçalves

Porto Alegre

2020

JUNES PEIXOTO BONES

REVOGAÇÃO NA EXECUÇÃO DA PENA DE PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO NAS
INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS: Reflexo no direito penal depois da (nova) decisão do STF em
2019

Monografia de conclusão de curso
apresentada na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 20 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alfen da Silva

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

À Luciane & Livia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por possibilitar a conclusão deste curso, e também a toda a minha família, a minha esposa Luciane Peixoto e minha filha Lívia Bones pela compreensão e dedicação.

Aos meus amigos e colegas de turma e trabalho sempre importantes e indispensáveis em todos os momentos, também a meus Pais, Padrinhos e Avós *in memoriam* que tanto contribuíram pela minha formação.

À professora Vanessa Chiari Gonçalves, por quem tive a honra de ser orientado, a quem agradeço pelas correções e ajustes necessários neste trabalho. Aos demais professores e funcionários desta Universidade, que com certeza contribuíram para a chegada desse momento, deixando seus marcos que para sempre serão lembrados. A todos, meu muito obrigado!

Cometer injustiça é pior do que sofrê-la.

Platão

RESUMO

Este trabalho tem como foco a análise de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) frente às Ações Diretas de Constitucionalidade – ADC 43, 44 e 54 nos anos de 2016/ 19, nas quais foram discutidas a possibilidade de execução provisória da pena de prisão após condenação nas instâncias ordinárias e a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP). Trata-se de um estudo que busca analisar se nas decisões proferidas em questão, há características do Direito Penal Expansionista e do Direito Penal de Exceção relacionadas à restrição de liberdades e garantias fundamentais notadamente relacionadas ao princípio da presunção da não culpabilidade, o que se contrapõe frontalmente ao Estado Democrático de Direito. Foi possível inferir nas justificativas proferidas pelos ministros que votaram favoravelmente a prisão antes do trânsito em julgado argumentos que flexibilizam garantias e direitos fundamentais. Em contrapartida com a nova decisão do STF de 2019 há possibilidade de ocorrer casos de impunidade.

Palavras-Chave: Direito Penal Expansionista e de Exceção. Decisão da ADC 43, 44 e 54. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This work focuses on the analysis of decisions of the Supreme Court before the Direct Actions of Constitutionality - ADC 43, 44 and 54 in the years 2016/ 19, in which were discussed the possibility of provisional execution of the prison sentence after conviction in ordinary instances and the constitutionality of art. 283 of the Penal Procedure Code (PPC). It is a study that seeks to analyze whether in the decisions given in question, there are characteristics of the expansionist criminal law and criminal law of exception related to the restriction of fundamental freedoms and guarantees no longer related to the principle of the presumption of non-culpability, which is frontally opposed to the Democratic State of Law. It was possible to infer in the justifications given by ministers who voted in favor of imprisonment before the final arguments that make fundamental guarantees and rights more flexible. In contrast to the new decision of the Supreme Court of 2019 there is the possibility of impunity.

Keywords: Expansionist criminal law and exception. Decision of ADC 43, 44 and 54. Democratic Rule of Law.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
CF/ 88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Covid 19	Corona Vírus Disease (Doença do Vírus Corona 19)
CPC/ 15	Código de Processo Civil de 2015
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
Infopen	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PC do B	Partido Comunista do Brasil
PEN	Partido Ecológico Nacional
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
Rcl MC	Medida Cautelar na Reclamação
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	14
2.1 Expansão do Direito Penal e o Estado de Exceção: Breves Considerações.....	14
2.2 Estado de Exceção	17
2.3 Estado Democrático de Direito.....	21
2.4 Estado Democrático de Direito versus Estado de Exceção	24
3 PRISÕES NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE.....	29
3.1 Prisões no âmbito Penal no atual contexto brasileiro	29
3.2 Prisão em Flagrante.....	31
3.3 Prisão Temporária.....	33
3.4 Prisão Preventiva	35
3.5 Princípio da Presunção de Não Culpabilidade ou Estado de Inocência.....	38
3.6 Histórico do entendimento do STF e respeito da interpretação da presunção de não culpabilidade	41
4 VOTO DOS MINISTROS DO STF A RESPEITO DA “ADC 43, 44 E 54” E POSSÍVEIS IMPACTOS DA DECISÃO.....	46
4.1 Votos no sentido de que o art. 283 do CPP não permite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado	47
4.2 Votos no sentido de que o art. 283 do CPP permite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado	50
4.3 Possíveis impactos da Nova Decisão – Insegurança Jurídica	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a análise da Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) frente, inicialmente às Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 que tratam da possibilidade da execução da pena após a condenação em segunda instância. Ato contínuo, quando o assunto voltou à pauta em 2019 pela ADC 54, juntamente com as já citadas. Assim pretende-se abordar a referida decisão sob a ótica do Direito Penal Expansionista, bem como do Estado de Exceção, principalmente nas duas últimas decisões da Suprema Corte sobre o assunto.

Para tanto, buscou-se desenvolver um estudo bibliográfico por meio de análise doutrinária, leitura da legislação pátria, relatórios oficiais publicados por órgãos brasileiros, reportagens jornalísticas bem como decisões judiciais, notadamente as decisões supramencionadas, utilizando-se o método dedutivo a partir do uso de teorias e concepções já existentes com a finalidade de buscar explicação do fenômeno em particular. Propõe-se o exame crítico das temáticas abordadas sem, no entanto restringir o objeto do trabalho em referências fechadas, correlacionando-as no contexto brasileiro e com as possíveis consequências após a reestruturação e inovações, principalmente com o advento de novos ordenamentos jurídicos.

Trabalha-se com a hipótese de que características do Direito Penal de Exceção e do Direito Penal Expansionista estariam entrelaçadas à decisão do pretório excelso em estudo, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

A análise da referida hipótese, demanda um estudo prévio de algumas temáticas com intuito de contextualizar o objeto do trabalho subsidiando a análise da decisão.

Desta forma, o capítulo inicial traz uma abordagem sobre a expansão do Direito Penal considerado hodiernamente uma forma de se alcançar à paz social, contenção e erradicação dos medos, situação esta que decorre da pressão social e midiática, desembocando em uma crescente expansão punitivista. O Estado de Exceção decorre da dialógica entre leis penais de exceção, instituídas com a finalidade de combater emergências, porém são incorporadas ao ordenamento jurídico de forma permanente, provém também da atuação concreta das agências policiais, prisionais e judiciárias. Decorrencia disso é a preponderância do Direito Penal como forma de solução de problemas relacionados à criminalidade e uma relativização dos direitos e garantias fundamentais, considerados nos Estados democráticos de Direito como no Brasil, cláusulas pétreas e limites jurídico-

normativo formal e material impostos aos poderes do Estado, como forma de garantir que ele persiga a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No segundo capítulo analisam-se as Prisões do âmbito penal no contexto brasileiro, sendo estas consideradas medidas extremas. Toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deverá se fundamentada pelo Judiciário, cabendo prisão em Flagrante, Provisória e Temporária. Nesse contexto, nos termos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/ 88), Inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando assim o Princípio da Presunção da Não Culpabilidade/ Inocência. Entendimento esse consagrado pela grande maioria dos doutrinadores brasileiros.

No terceiro capítulo apresenta-se uma análise dos votos dos Ministros do STF, buscando de forma pontual apresentar os argumentos favoráveis e contrários à nova normativa jurídica.

Em última análise, intenta-se aferir de forma sintética a legitimidade da decisão sob um contexto do Estado Democrático de Direito e de suas garantias e preceitos fundamentais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

2.1 Expansão do Direito Penal e o Estado de Exceção: Breves Considerações

A expansão do Direito Penal é considerada hoje uma forma de se alcançar a segurança perdida, assim, o mais severo meio de controle social passou a ser compreendido como um meio de contenção ou até mesmo erradicação dos medos¹, sendo que a produção desse medo e da insegurança são discursos impetuosamente difundidos pela mídia de massa, possuindo a função de legitimar a crescente onda de expansão punitiva.²

Perante as reivindicações populares, muita das vezes influenciadas por notícias criminalísticas sensacionalistas veiculadas por meios midiáticos, apresenta-se como forma de reação populista do poder público, políticas criminais punitivistas e meramente simbólicas, sendo estas uma contraprestação ao clamor social, sem que no entanto, solucione efetivamente os problemas advindos dos conflitos criminais, possuindo apenas a finalidade de manifestação à população de que o Estado está ativo, buscando o combate à criminalidade.³

Nesse mesmo sentido Ramos⁴ sustenta que os agentes públicos se rendendo à pressão da mídia ou aproveitando-se dos discursos do pânico, optam pela criminalização de condutas ou pela severidade das penas, deixando de elaborar um programa efetivo de controle à criminalidade, bem como criam a ilusão na coletividade de que a resposta à insegurança está atrelada ao endurecimento das penas, o que produz um sistema punitivo com mutações, fugaz e restrito em garantias.

Sustenta ainda o autor, que sob o argumento de urgências e de medidas emergenciais, diante do agravamento da pressão social e midiática o Poder Público procura trazer respostas rápidas à população, o que lhe é oportuno, uma vez que o processo de criação e alteração de leis se apresenta menos complexo e mais rentável no aspecto eleitoral do que se trabalhar na elaboração de políticas públicas de base, que sejam eficazes em diminuir a delinquência.⁵

¹ RAMOS, Jonas Machado. **Paradigma penal contemporâneo: o estado penal como estado de exceção permanente**. 2007.113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2007, p. 69.

² *Ibidem*, p. 79

³ FERREIRA, Iago Oliveira. **A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, nº 3, p. 149-188, set./ dez., 2014, p. 166.

⁴ RAMOS, Jonas Machado. *op.cit.*, p. 91

⁵ *Ibidem*, p. 92.

Para Silva Sánchez⁶, notável Penalista Espanhol, a obsessão pela segurança fez surgir um paradigma de intervenção penal baseada na gestão administrativa do crime como risco social. Assim, um dano causado à comunidade não é reprimido de uma forma lógica e proporcional calcado no *Princípio da Ofensividade*, princípio este que rege o direito penal de embasamento liberal. Ao contrário, realiza-se uma gestão dos riscos à comunidade de forma “administrativizada” principalmente quanto à antecipação da intervenção penal para punir crimes de perigo e neutralização de sujeitos perigosos. Nota-se desta forma a banalização do direito penal utilizando-o para resolução de problemas e disfunções da sociedade moderna, função que outrora era assumida por outros ramos do direito, incluindo o administrativo até mesmo por meio de seu caráter sancionatório.

O termo “administrativizado” utilizado para Silva Sánchez⁷ possui o sentido de que o Direito Penal que outrora intervinha posteriormente a um fato lesivo delimitado individualmente quanto ao sujeito passivo e ativo, hodiernamente se tornou em um direito de gestão (punição) de riscos generalizados.

Com a expansão exagerada das condutas puníveis, o abuso das tipificações indeterminadas de atos preparatórios, crime de mera conduta e de crime abstrato, o poder punitivo reveste-se de função eminentemente preventiva, responsável pela garantia da segurança dos cidadãos, procura-se antecipar a repressão ao próprio ato criminoso⁸. Essa hipertrofia da legislação penal objetivando a célere resposta penal e prevenção de delitos, visando a conter os danos sociais causados pela criminalidade estabelece o que Silva Sánchez⁹ nomeia de terceira velocidade do direito penal, em que o Direito Penal referente à pena de prisão dispute com uma vasta relativização de garantias político-criminais, normas de imputação e critérios processuais.

Conforme Ferreira¹⁰ em síntese, pode se afirmar que as disposições políticas e criminais da contemporaneidade, baseadas na prevenção e severidade penal, a partir de ideias punitivistas e simbólicas sendo rotuladas como combate a criminalidade, se caracterizam pelo aumento de tipificações de condutas criminosas com ênfase na proibição de ações indeterminadas e ausentes de lesividade individual como os atos preparatórios e

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira. *op.cit.*, p. 176.

⁷ *Idem.*

⁸ FERREIRA, Iago Oliveira. *op.cit.*, p. 167.

⁹ FERREIRA, Iago Oliveira. *op.cit.*, p. 167.

¹⁰ FERREIRA, Iago Oliveira. *op.cit.*, p. 169.

crimes de perigo abstrato. O aumento desproporcional das penas de modo geral, visando à contenção física de indivíduos perigosos, a flexibilização de garantias penais tais como os princípios da intervenção mínima, ofensividade, culpabilidade e no campo processual com o aumento do poder investigatório dos órgãos acusatórios em prejuízo de direitos e garantias fundamentais dos acusados são consequências dessa política. Somam-se a isso as excessivas prisões cautelares mitigando a presunção da inocência, como nas prisões sem condenação e execução provisória da sentença, na pendência ainda de recursos.

É nessa conjuntura que se encontra a origem de uma verdadeira legislação penal de exceção, na qual há a flexibilização dos princípios garantistas do direito penal mínimo e liberal, justificando-se perante a emergência exteriorizada pelo senso comum do crime organizado, sobretudo quanto às organizações terroristas e de tráfico de armas e drogas, bem como a premente necessidade de proteção e prevenção da sociedade contra suas más consequências.

Muito embora diversos estudos avançados e atualizados no âmbito sociológico e criminológico declarem a patente ineficácia do Direito Penal e da utilização da prisão como forma de resolução da criminalidade cada vez mais crescente, ainda assim buscam utilizar-se do Direito Penal como forma de se prevenir e conter a violência criminal.¹¹

Por fim, relevante pontuar que no Brasil coloca-se sobre o Direito Penal a esperança de redução da criminalidade, quando na verdade a Política Criminal (ainda que grande parte da população assim não entenda) possui instrumentos relevantes para tal intento, uma vez que nas palavras de Masson¹² “baseia-se em considerações filosóficas, sociológicas e políticas e também de oportunidade, em sintonia com a realidade social, para propor modificações no sistema penal vigente” para o autor, a Política Criminal analisa de forma crítica e metajurídica o direito positivo, para ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça. Assim pode se dizer que política criminal é tudo que tende a evitar o crime e especificamente no contexto brasileiro o investimento em educação, alimentação, distribuição de renda, reforma agrária, são maneiras sob a ótica social de se reduzir a criminalidade uma vez que reduz as desigualdades sociais.

No entanto o que tem ocorrido é a preponderância do Direito Penal como forma de solução de problemas relacionados à criminalidade, a relativização e flexibilização de garantias fundamentais penais o que tende a aumentar o preconceito aos indivíduos

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto *apud* FERREIRA, Iago Oliveira. *op.cit.*, p. 166.

¹² MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Parte Geral**. 2. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

estereotipados pela seleção punitiva uma vez que os crimes investigados e que chegam à justiça, em sua maioria, são os crimes cometidos por pessoas marginalizadas e pobres, além de servir como justificativa dos que estão no poder como forma de manter controle da sociedade. Assim toda essa estrutura acaba se tornando a principal forma de iludir a sociedade de que estes meios prometem diminuir os índices de criminalidade, porém na realidade possuem a função de fazer com a sociedade se acalme e os mantém inertes socialmente, mantendo todo o sistema econômico, político e social vigente.¹³

2.2 Estado de Exceção

A terminologia “Estado de Exceção” possui de acordo com Moraes, A. L. Z.¹⁴ diferentes significados dependendo do período de tempo em que é estudada e em conformidade com o sentido atribuído pelos autores, sendo essas terminologias diferentes das ideias tradicionais de autores constitucionalistas (que correlacionam à exceção como estado de emergência e estado de sítio) concluindo que:

O Estado de Exceção é definido por Carl Schmitt como a suspensão da ordem legal mediante uma decisão do poder soberano, durante determinado lapso temporal, em sentido oposto ao benjaminiano, que aduz ser o estado de exceção a própria indistinção entre este e a normalidade, retratando o espaço indistinguível da violência anômica (sem objetivo de pôr ou manter o direito). Giorgio Agamben, aproximando-se do último teórico, define o estado de exceção como a própria liminaridade do sistema, ou seja, uma zona topológica de indistinção entre norma e realidade, em que a própria norma pode ditar a exceção quando, por exemplo, desconsidera o indivíduo como dotado de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ou seja, como vida nua.¹⁵

O sentido de estado de exceção de Schmitt bem como o de Benjamin surgiram em um período antecedente à concretização do Estado constitucional democrático de direito, já a concepção trazida por Agamben é firmada na passagem entre o século XX e o século XXI, ocasião em que a maior parte das constituições ocidentais começaram a transformar os

¹³ MELO, Marcos. A ilusão do sistema penal: o medo e a sensação de insegurança como formas de controle social. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**. UFRGS. vol. 4. nº 2. 2016.

¹⁴ MORAES, Ana Luisa Zago de. **O estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo**. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2008, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 12-13.

valores humanistas e democráticos em princípios e preceitos que então norteariam e limitariam a atuação do Estado.¹⁶

Nesse sentido, Moraes, A. L. Z.¹⁷ sustenta que a “exceção aos princípios básicos da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/ 88) corresponde à materialização do estado de exceção” correlacionando-a a perspectiva de Giorgio Agamben, pois provém da dialógica entre leis penais de exceção, ou seja, criadas com a finalidade de combater emergências, contudo são incorporadas ao ordenamento jurídico permanentemente, provém também da atuação concreta das agências policiais, prisionais e judiciárias.

Tudo é permitido no campo legislativo do estado de exceção permanente, contando que seja no momento da reclamação, mesmo que a resposta muitas vezes violenta e arbitrária nada resolva, pois neste momento provisório o que se busca é o imediato resgate da paz e bem estar social.¹⁸

O enfoque relativo aos problemas estruturais do Estado e da sua atuação repressiva e violenta é relevada pela utopia de se tentar resgatar a paz da sociedade para a questão do agir criminoso.¹⁹

Acoberta-se o descuido do poder público no que se diz respeito à falta de implementações eficazes de políticas públicas que objetivam o tratamento de problemas do Estado de bem estar que estruturam a sociedade. No entanto, o Poder Legislativo bem como setores de aplicação da lei penal escolhem a proliferação de discursos repressivos constatados na produção de leis como por exemplo: criando novos tipos penais, incrementando as penas, aplicando medidas mais rigorosas no que se diz respeito a execução da pena, restando então patente o estado de exceção permanente.²⁰

Analisando sob a perspectiva da complexidade das relações entre regras, discursos e realidade, o estado de exceção é estabelecido pelo sistema penal através das leis penais no âmbito legislativo, bem como de forma concreto quando o ordenamento jurídico é desrespeitado. Essas excepcionalidades provêm do tratamento de sujeitos como inimigos, como não cidadãos havendo a seleção de tipos de autores, buscando combatê-los e neutralizá-los.²¹

¹⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸ RAMOS, Jonas Machado. *op.cit.*, p. 93.

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 145.

²⁰ RAMOS, Jonas Machado. *op.cit.*, p. 91.

²¹ MORAES, Ana Luisa Zago de. *op.cit.*, p. 17.

Existem discursos com tentativas de legitimação de modelos intervencionistas do Estado, objetivando selecionar e combater inimigos. Um desses discursos de grande relevância é o do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, que por ter surgido em um contexto de Estado Constitucional Democrático de Direito, que possuía valores humanistas e não admitia tal tratamento, Jakobs buscou então legitimar a exceção a esse modelo de Estado Democrático de Direito, criando um Estado de Exceção.²²

Segundo Jakobs²³, o Direito Penal do Inimigo pode se caracterizar basicamente por três elementos, descritos a seguir:

- a) Inicialmente teria-se a antecipação da punição; ou seja, o ponto de referência não é o ato cometido em si, mas um ato futuro.
- b) Na sequência a desproporcionalidade das penas: as penas previstas são desproporcionalmente elevadas em relação ao ato cometido ou ao resultado lesivo.
- c) Finalmente, algumas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas: aqui no Brasil temos como exemplos recentes algumas leis, tais como a do Crime Hediondo (Lei nº 8.072/ 90²⁴) e a do Crime Organizado (Lei nº 12.850/ 13²⁵).

A primeira forma é direcionada ao cidadão e versa em afastar os meios de desenvolvimento das pessoas que, muito embora tenham praticado um delito, não tinham pretensão de atingir o núcleo da estrutura do Estado, desta forma, verifica-se que este ato do cidadão, não está direcionado contra a permanência Estatal e nem de suas instituições.²⁶

A segunda forma de tratamento é denominada Direito Penal do Inimigo e tem como finalidade combater os que, por princípio, praticam uma perturbação à ordem social vigente, provocando um perigo potencial à coletividade e, por conseguinte, à estrutura do Estado. Conforme Jakobs, esses indivíduos, não podem ser considerados cidadãos, mas sim inimigos

²² *Ibidem*, p. 11.

²³ JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções & Críticas**. org. e trad. André Luiz Callegari/ Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 73.

²⁴ BRASIL, Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art.5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

²⁵ BRASIL, Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

²⁶ *Idem*.

da sociedade, devendo o Estado oferecer tratamento diferenciado a estes, no sentido de serem excluídos das relações jurídico-sociais definitivamente.²⁷

De acordo com Moraes, A. L. Z.

(...) o Direito penal do inimigo desenvolvido por Günther Jakobs, que defende um Direito penal diverso para os indivíduos que se afastaram de forma duradoura do Direito, não oferecendo “segurança” cognitiva e, portanto, não podendo ser considerados “pessoas”. Logo, influencia quanto à possibilidade de subsistir um “não-cidadão” no âmbito dos Estados contemporâneos.²⁸

Desta forma, para Jakobs, o Estado deve possuir dois modelos de medidas coercitivas contra a ação do agente que delinque, tanto para tratá-lo como um indivíduo que praticou um deslize em seu comportamento – Direito Penal do cidadão – quanto para tratá-lo como indivíduo que deve ser impedido de perturbar a ordem jurídica vigente; Direito Penal do Inimigo.²⁹

Com isso, nota-se que o ponto de insurgência do Direito Penal do Inimigo tem a sua possibilidade de existência em um Estado Direito, conforme os próprios esclarecimentos feitos por JAKOBS (2009):

O Direito Penal do Inimigo é um Direito de Exceção, um direito de necessidade do Estado de Direito. Somente é possível determina-lo como Direito Penal do Inimigo em um Estado de Direito; em um Estado de Não-Direito, ele não constitui uma singularidade, pois vê inimigos em toda parte. Um Estado de Direito distingue-se entre a regra e exceção, somente estando consciente de si mesmo quando reflete regras e exceções enquanto tais, e somente essa reflexão permite limitar a exceção à medida do necessário. Assim, as presentes exposições não pretendem, de forma alguma, ser uma exortação ao ataque violento; pelo contrário, trata-se das condições da juridicidade orientadora.³⁰

O Direito Penal do Inimigo, desta forma, visualiza e potencializa a concretização de um inimigo do Estado em fatos que se apresentam de forma atentatória a ele. Neste ponto, fortalece e se legitima como um estado de exceção do Estado de Direito.³¹

O Direito Penal do Inimigo trazido por Günther Jakobs, bem como o Direito Penal de Terceira Velocidade (momento assim classificado por Jesús-María Silva Sánchez)

²⁷ *Idem.*

²⁸ MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 18.

²⁹ DAVID, Marcos Vinícius Nespole de. *op. cit.*, p. 6.

³⁰ JAKOBS, Günther. **Direito Penal Inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico. Brasília/ DF. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal> > Acesso em: 22 nov. 2020.

configuram medidas penais de exceção que não tem o fim de revogar as normas existentes, mas suspender tais normas para aplicação subsidiária de um direito penal voltado a contextos emergenciais.³²

2.3 Estado Democrático de Direito

A expressão Estado de Direito remete a um pensamento jurídico-político que se desenvolveu essencialmente desde o século XVI, sendo considerado como corolário do contratualismo e pressuposto da autonomia ética individual. Tendo como objeto essencial a limitação jurídica da intervenção do Estado em relação às individualidades dos cidadãos, assumiu dessa forma, uma característica individual³³, ainda que existam conceitos anteriores tal como na contraposição platônica-aristotélica entre “governo das leis” e governo dos homens” e também na doutrina medieval que possuía embasamento jurídico da soberania.³⁴

Nas palavras de Torrão³⁵, Estado de Direito significa a realização prática executável do pensamento liberal, em que os Estados se subordinam à lei, sendo esta a expressão da razão, bem como respeitam os direitos naturais, se contrapondo a forma absolutista do Estado de Polícia.

Para Canotilho³⁶, no Estado de Direito, o Estado e todos seus respectivos órgãos políticos se submetem ao direito, ou seja, a uma forma de ordenação que seja racional e vinculativa de uma sociedade organizada, em que este articula medidas ou regras materiais, manifestando valores de justiça e com formas e procedimentos estabelecendo garantias jurídico-formais objetivando o cumprimento do seu programa axiológico.

Assim, apenas depois da ocorrência de violações na esfera legislativas mediante abusos por parte deste poder durante os regimes totalitários, foi que notou a necessidade da limitação jurídica formal e material referente à produção jurídica, qual seja, das leis. Percebeu-se assim a relevância do controle não apenas do exercício do poder, mas também no que se diz respeito ao conteúdo das decisões, por meio de um diploma normativo fundamental, a Constituição, sendo esta dotada de supremacia e força normativa que vincula

³² MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 148.

³³ TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. **O paradigma liberal na era do (pós-moderno) “direito penal do risco”**: *societas delinquere potest?* 2008. 917 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, p. 52 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 158.

³⁴ FERRAJOLI, 2009 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 158.

³⁵ TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. *op. cit.*, p. 55 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 158.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.

o Poder Legislativo, desta forma associa a produção jurídica a um modelo ético-axiológico que objetiva o respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sendo esses fundamentos primordiais para concretizar a ideia limitadora e garantista dos direitos e liberdades referentes ao Estado de Direito. Nesse ínterim, normas protetivas dos Direitos Fundamentais foram consideradas como de supremacia normativa em muitas das Constituições ocidentais e com o pós-guerra resgatou-se com o constitucionalismo desta época as peculiaridades históricas basilares do conceito de Estado de Direito, refletindo não apenas na limitação jurídica e controle do poder do estado, mas também na delimitação das finalidades desse poder.³⁷

Conforme Canotilho³⁸, o Estado de Direito essencialmente deve ser ferramenta para limitar e também vincular o poder político em um Estado Constitucional, pois implica uma constituição normativa que estrutura uma ordem jurídico-normativa fundamental que vincula todos os poderes públicos, o que atribui à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma, vinculando-os juridicamente nos aspectos formal e material.

Considera-se que a função do Estado de Direito, no que tange ao seu caráter liberal-contratualista, é garantir os direitos dos cidadãos no que concerne às intervenções exteriores, tanto do Estado como dos demais cidadãos, sendo que para alcançar esse objetivo garantista deve haver a limitação do Estado de Direito por meio do ordenamento jurídico no que concerne ao próprio poder de produção jurídica, devendo dessa forma o próprio direito limitar-se. Essa limitação faz com que o direito programe suas formas de produção através de normas procedimentais, bem como seus conteúdos substanciais os quais remetem ao amparo da dignidade da pessoa humana e garantia de direitos fundamentais.³⁹

O princípio do Estado de Direito reflete então na juridicidade, na constitucionalidade, no respeito e garantia dos direitos fundamentais e objetiva responder ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do estado, determinando este conforme essas pautas.⁴⁰

O Estado Democrático de Direito é fundado a partir do princípio da soberania popular que estabelece a participação ativa e operante do povo na coisa pública, sendo que esta participação não se esgota simplesmente na formação das instituições representativas, pois estas somente constituem um estágio da evolução do Estado democrático, porém não

³⁷ TORRÃO, Fernando J. dos Santos Pinto. *op. cit.*, p. 55 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 160.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 245.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 19 *apud* FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 243.

configura o seu completo desenvolvimento, a finalidade deste princípio vai além disso, pois objetiva apresentar o Estado Democrático de Direito como uma forma de garantia real dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁴¹

O art. 1º da CF/ 88 dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, possuindo em sua essência a dignidade humana como valor fundamental, que informa e norteia toda ordem jurídica. A CF/ 88 ainda prevê, direitos e garantias fundamentais dispondo de mecanismos para que estes sejam efetivados tais como sua aplicabilidade imediata e o controle constitucionalidade de normas. Entre esses direitos e garantias estão incluídos, a vedação de penas cruéis, desumanas ou degradantes, a legalidade, a culpabilidade, o devido processo legal, sendo que todos eles compõem o modelo garantista brasileiro, que mesmo não se identificando plenamente pelo modelo garantista defendido por Ferrajoli, por este pode ser norteado.⁴²

Conforme Silva:

O Princípio da Legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política.⁴³

Torna-se evidente então a necessidade de aplicação do exposto como forma de limitar e trazer racionalidade ao poder de punir do Estado em qualquer dos seus poderes, legislativo, judiciário e executivo. Quanto ao poder Judiciário, relevante mencionar a importância que possuem suas decisões e interpretações no sentido de tutelar direitos fundamentais a que se propõe a teoria do garantismo penal e do direito penal mínimo correlacionando-os ao princípio do Estado de Direito, pois estes trazem em seu bojo a essência da construção do Estado de Direito. Isso se pode observar pela gama de princípios penais e processuais penais garantistas previstos na CF/ 88 tais como os previstos em seu Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais em seus respectivos Inciso(s), como

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 173, p. 15-34 jul./ set. 1988. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126> > Acesso em: 18 set. 2020, p. 20.

⁴² MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 18.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 23.

o Princípio da Legalidade (XXXIX), da Irretroatividade da Lei Penal, salvo para beneficiar o Réu (XL), Princípio da Pessoalidade da Pena (XLV), Individualização da Pena (XLVI), do Devido Processo Legal (LIV), Contraditório e Ampla Defesa (LV), Proibição de Utilização de Provas Ilícitas (LVI) e da Presunção da Inocência (LVII).

Tais garantias são consideradas *Cláusulas Pétreas* nos termos do art. 60 parágrafo 4º da CF/ 88 não podendo ser objeto de emenda tendente a restringir ou aboli-las, nota-se então a relevância no contexto brasileiro tais garantias e direitos.

2.4 Estado Democrático de Direito *versus* Estado de Exceção

Com o pós-guerra as Constituições nos Estados de Direito, passaram a ser dotadas de normatividade e supremacia, elevando-se os direitos e garantias fundamentais em posição de cláusulas pétreas. Esse rol de direitos e garantias são considerados limites jurídicos que se impõem sobre todos os poderes do Estado, condicionando tanto formal quanto materialmente a produção do direito, bem como protegendo o direito através do controle de constitucionalidade.⁴⁴

Na esfera criminal Princípios como o da Legalidade Estrita, Subsidiariedade, Ofensividade, Proporcionalidade, Culpabilidade entre outros, são considerados limites jurídico-constitucionais ao poder de punir do Estado que ficam a eles restringidos, pois esses elementos constituem um vasto rol de princípios e garantias positivadas que estão presentes na grande totalidade das Constituições ocidentais hodiernas.⁴⁵

No entanto, essas aspirações garantistas fundamentais e democráticas vem sendo restringidas gradativamente pela própria sociedade por meio de suas reivindicações de ampliação da repressão e solicitações de segurança e controle por parte do poder estatal⁴⁶, uma vez que, o medo e o risco tornaram-se forças influentes de mobilização da sociedade pela busca de uma insaciável segurança, insurgindo então neste contexto, a legitimação de uma exacerbada intervenção punitiva estatal.⁴⁷

De acordo com Ferreira⁴⁸ a essência da crítica ao modelo punitivista e simbólico de direito penal que prevalece e tem avançado nos dias atuais e que está intrinsecamente calcado na prevenção e na garantia da segurança pública pretensamente ameaçada pelas

⁴⁴ FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 179.

⁴⁶ RAMOS, Jonas Machado. *op. cit.*, p. 83.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 82.

⁴⁸ FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 174.

emergências, tem o condão de ofender e desconstruir os postulados garantistas do direito penal consolidados nos Estados de Direito de valor constitucional, o que gera a vulnerabilidade dos cidadãos em face do arbítrio estatal.

A atuação simbólica do Direito Penal, definitivamente ineficaz, viola o princípio constitucional da presunção da inocência, na perspectiva de encontrar no impensado encarceramento a segurança almejada e a renovação da legitimação de um modelo punitivo da exceção permanente.⁴⁹

Desta forma, analisando a força normativa de princípios jurídicos fundamentais como a proporcionalidade, subsidiariedade é notório que a privação da liberdade, considerada como a sanção característica do direito penal se contrapõe a essas regras e garantias fundamentais. Por meio de uma decorrência lógica, a pena de prisão só deve ser aplicada como *ultima ratio*, e somente quando ocorrer grave lesão a bem jurídicos essenciais à comunidade e em sua medida exata.⁵⁰

Segundo Ferrajoli⁵¹ “a razão de Estado, aliada ao discurso de exceção, caracteriza-se como princípio de legitimação histórica das ações estatais fora, e até mesmo contra, o direito” afirma ainda a incompatibilidade da existência de resquícios de razão de Estado em um contexto de Estado de Direito.

O discurso de exceção e sua conseqüente legitimação da ação estatal orientada pela razão de Estado relacionada à garantia da segurança, acarreta a extensão punitiva estatal em contradição aos limites das garantias do ordenamento jurídico-constitucional, ocasionando a degradação do Estado Constitucional de Direito – edificado em sua origem com vistas à limitação do poder estatal com a finalidade de preservação dos cidadãos – perpetuando um Estado absoluto e ilimitado que transgredir as garantias invioláveis dos que estão sob seu poder.⁵²

Pela essência hegemônica do estado de exceção, este além de manifestar no âmbito do direito material, abarca também os institutos processuais-penais que conseqüentemente estão corrompidos pela banalização das ações emergenciais.⁵³

Choukr⁵⁴ sustenta que nos termos da matriz liberal do Direito Penal Moderno, as garantias processuais devem ser preservadas ainda que ocorram momentos de necessidade

⁴⁹ RAMOS, Jonas Machado. *op. cit.*, p. 96.

⁵⁰ FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 179.

⁵¹ FERRAJOLI, 2010 *Apud*, FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 180.

⁵² FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 181.

⁵³ RAMOS, Jonas Machado. *op. cit.*, p. 94.

⁵⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 12.

ou crise, pois é da segurança individual que provém do respeito pelo Estado dos direitos coletivos e individuais que floresce a segurança social que se interagirá com a segurança individual num processo dialético, pois o sistema penal no Estado democrático e de direito pauta-se pela proteção desses dois polos, pois desse equilíbrio nasce o estado de paz.

Moraes, A. L. Z⁵⁵ defende que umas das tentativas de admissão do estado de exceção em Estados Democráticos de Direito são os discursos do Direito penal do inimigo e traz as seguintes ponderações: A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado democrático de direito, assim, nenhuma vida humana pode ser considerada indigna, no entanto a realidade fática tem demonstrado afrontas a esse ditame constitucional; há previsão legal de medidas que restringem garantias penais e processuais destinadas ao combate dos sujeitos considerados inimigos e finaliza que qualquer discurso que tenha por finalidade a legitimação do Direito Penal do inimigo se confronta com os ditames de um Estado Constitucional de Direito.

No que se refere ao contexto brasileiro, subsiste o estado de exceção, sendo exemplo à seleção e o combate de inimigos internos pelo sistema penal, mediante o próprio sistema legislativo, como em Leis como as dos Crimes Hediondos e na previsão do Regime Disciplinar Diferenciado, o que é inadmissível em um Estado democrático de direito por constituir violação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente⁵⁶, pode-se ainda citar a Lei nº 13.260/ 16⁵⁷ que disciplina o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

O Brasil, mesmo sendo considerado Estado Democrático de Direito, afasta-se do modelo ideal garantista previsto constitucionalmente possuindo práticas características do estado de exceção como as ações cotidianas das polícias, o sistema prisional que apresenta falta de condições mínimas para garantir a dignidade humana, no entanto esse estado de exceção não é apenas fático, mas também é previsto em algumas das legislações brasileiras o como já citado anteriormente.⁵⁸

No mesmo sentido Ferreira⁵⁹ destaca que o Regime Disciplinar Diferenciado previsto pela Lei nº 10.792/ 03 impõe a reclusão em condições desumanas com a submissão de

⁵⁵ MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁷ BRASIL, Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no Inciso XLIII do Art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista;** e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 14-15

⁵⁹ FERREIRA, Iago Oliveira, *op. cit.*, p. 173.

presos provisórios ou condenados. Observa-se a severidade da punição estatal baseada apenas na periculosidade subjetiva e não no fato delituoso em si, restando patente a exclusão e neutralização do delinquente, aferindo a periculosidade sem o devido processo legal, baseado em meras suspeitas e conceitos imprecisos e subjetivos. Resta clarividente que a lei não trata esses indivíduos como cidadãos e sim como inimigos da ordem social e da segurança, restringindo seus direitos e garantias penais (periculosidade em abstrato, inexistência de fato ofensivo e desproporcional) e processuais (inexistência do devido processo legal para a responsabilização penal) transgredindo-se assim, a própria dignidade da pessoa humana.

Zaffaroni⁶⁰ analisa o Sistema Penal na perspectiva de um conjunto de agências criminalizadoras que atuam na edição das normas, bem como concretamente, tanto se afastando das regras constitucionais e infraconstitucionais quanto às implementando. Esse enfoque inclui a consideração da dogmática como instrumento das agências intelectuais e, portanto, preocupada em criar modelos, influenciar, mas não diretamente, e sim como discurso, que concorre com outros meios, como os oficiais e os midiáticos, assim, por exemplo, os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população em geral perceba isso como “controle social” e sim como formas de recreação.⁶¹

Considerando a existência de um estado de exceção brasileiro, insurge a necessidade de combatê-lo, por meio da aplicação efetiva das normas constitucionais que prescrevem a valorização do ser humano e de sua dignidade, necessário também alterar o consenso de que o criminoso é o outro e que nessa qualidade deve ser combatido, como moradores de rua, favelados e os presos.⁶²

Para Souza⁶³ esse consenso é um meio propício para o estado de exceção, pois quando se banaliza a vida do outro, se banaliza a própria ideia de vida, despindo-a de sua existência política, intrínseca à cidadania na concepção atual.

Neste contexto, a efetividade das normas constitucionais, especificamente dos direitos e garantias fundamentais, da ética e da consciência da realidade do Brasil é garantida através do exercício da política, como uma forma de cessar o estado de exceção,

⁶⁰ ZAFFARONI *apud* MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 17.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11. ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 49.

⁶² MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 20.

⁶³ SOUZA, Ricardo Timm de. **Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade**: Do “estado de exceção” da violência sem memória ao “estado de exceção” da excepcionalidade do concreto. PUCRS Veritas. Porto Alegre, v. 51, nº 2, Junho, 2006, p. 135.

entendo a política como um espaço de exercício da liberdade, iniciativas e mudanças destinado a promover soluções até mesmo no que se diz respeito à normatividade violenta.⁶⁴

O rompimento da normatividade violenta contra o outro e conseqüentemente a possibilidade da desconstrução do estado de exceção que vivenciamos, vai além da atuação dos poderes estatais (Judiciário, Legislativo, Executivo), pois deve passar pela construção cultural e social da cidadania no sentido substancial e também pela compreensão da realidade em uma dimensão fundamentalmente ética onde a realidade é sustentada pela alteridade. Acrescenta-se à ética a necessidade do encontro com o real, discernindo que o inimigo não é real, mas sim socialmente construído, por outro lado à marginalização, a segregação social, a precariedade do sistema prisional brasileiro são acontecimentos reais.⁶⁵

⁶⁴ MORAES, Ana Luisa Zago de. *op. cit.*, p. 20

⁶⁵ *Idem.*

3 PRISÕES NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO CULPABILIDADE

3.1 Prisões no âmbito Penal no atual contexto brasileiro

A Prisão é medida excepcional, decretada quando necessária para a defesa social e manutenção do bem comum, uma vez que cerceia a liberdade de ir e vir dos sujeitos, sendo providência extrema, só será possível quando houver indeclinável necessidade e base legal. No que tange a dignidade da pessoa humana, sob o aspecto da prisão, o Estado deve garantir ao preso condições que atendam as suas necessidades básicas, alcançando o normal e necessário tratamento dos presos sob sua custódia.⁶⁶

Conforme disposto no art. 5º, LXI, da CF/ 88⁶⁷, toda prisão antes do trânsito em julgado, será fundada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, excetos os casos de transgressão ou de crime militar previsto em lei, porém estes não serão objetos deste trabalho.

A CF/ 88 faz uma dupla e definitiva determinação acerca das prisões em seu art. 5º Inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e Inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.⁶⁸

Neste contexto, qualquer prisão deve ser pautada em sua indispensabilidade e necessidade, que será aferida de forma fundamentada pelo juiz ou tribunal em sua decisão, conforme relevante finalidade. Finalidade esta que deve ser avistada também na esfera constitucional, uma vez que somente por essa via pode se afastar a dupla determinação acima referidas. Desta feita, nasce a necessidade de precaução da efetividade do processo com fundamentação satisfatória e apropriada para justificar excepcional segregação de quem ainda deva ser considerado inocente.⁶⁹

Para Oliveira⁷⁰ a redação do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), trazida inicialmente com a Lei nº 12.403/ 11⁷¹ e com um texto atualizado, incluído pela Lei nº

⁶⁶ MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 818.

⁶⁷ BRASIL, Constituição (1988). *op. cit.*

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2011, p. 497.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ *Idem.*

13.964/ 19⁷², aparece afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal: “Art. 283 – Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Desta forma, somente se permitirá à prisão antes do trânsito em julgado quando houver razões que autorizem a Prisão Preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo, assim, apenas as razões da prisão preventiva (artigos 312 e 313 do CPP) poderão justificar a custódia cautelar no curso do processo.⁷³

Oliveira⁷⁴ defende que, em casos excepcionais ainda que para o autor não sejam tão raros os exemplos concretos, em que não haja qualquer dúvida quanto à autoria e à materialidade e quanto à classificação do crime. Assim, quanto às questões de fato e de direito, não se deveria trancar de forma definitiva a possibilidade de execução provisória. Já que o Direito, enquanto conjunto de regras deve se manter aberto às exceções, intrínsecas à complexidade da vida e da diversidade histórica.

No entanto o autor⁷⁵ conclui que a redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as possibilidades para a execução provisória em matéria penal, o que está absolutamente correto, em face das determinações constitucionais, das quais pode-se até discordar, porém jamais descumprir.

Oliveira⁷⁶ sustenta que na legislação processual penal pátria, para a decretação de prisões antes do trânsito em julgado em necessidade acautelatória, é imprescindível a fundamentação judicial, nesse termo art. 387 parágrafo 1º CPP: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. E com a nova e adequada redação trazida pela Lei nº 13.964/ 19 ao art. 311, é permitida a decretação da Prisão Preventiva em qualquer fase do processo, inclusive a sentença condenatória.

Na mesma linha, quanto aos processos da competência do Tribunal do Júri, o atual art. 413, § 3º, CPP, conforme a redação trazida pela Lei nº 11.689/ 08, tem previsão idêntica

⁷² BRASIL, Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.**

⁷³ *Ibidem*, p. 498.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 499.

⁷⁶ *Idem*.

àquela do art. 387, determinando ordem escrita e fundamentada seja para a manutenção do réu já preso seja para a decretação da preventiva ou por ocasião da decisão de pronúncia.⁷⁷

A Prisão Cautelar ou Provisória é a efetuada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo que a custódia cautelar não pode ser desvirtuada de forma a configurar uma antecipação do cumprimento de pena. Deve a prisão cautelar ser considerada exceção, pois priva a liberdade do indivíduo antes da sua condenação definitiva, consubstanciada na sentença transitada em julgado⁷⁸. Isso porque ela não possui a finalidade de punir o indivíduo, mas sim de evitar que ele venha a praticar novos delitos (relacionados ou não com o delito pelo qual está segregado) ou, ainda, evitar que seu comportamento possa interferir na averiguação dos fatos ou na aplicação da sanção correspondente ao crime cometido.⁷⁹

Conforme Lopes Jr⁸⁰ com a Lei nº 12.403/ 11, ficou claro que no sistema cautelar brasileiro existem: a prisão em flagrante como medida pré-cautelar, ou seja, preparatória da prisão preventiva ou das medidas cautelares diversas; a prisão temporária com previsão na Lei nº 7.960/ 89 sendo aplicável somente na fase pré-processual e a prisão preventiva que pode ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, inclusive em sede recursal, mantendo-se assim até a revogação, substituição ou o trânsito em julgado da sentença, quando, se condenatória, dará lugar à execução da pena.

De acordo com Avena⁸¹ no sistema processual penal brasileiro existem três modalidades de prisão provisória ou cautelar: a Prisão em Flagrante (arts. 301 a 310 do CPP), a Prisão Preventiva (arts. 311 a 316 do CPP), a Prisão Temporária (Lei nº 7.960/ 89), já para MESSA⁸² existem cinco modalidades de Prisão Cautelar: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão por pronúncia e prisão por sentença condenatória recorrível. Esses autores não consideram a prisão em flagrante como pré-cautelar.

3.2 Prisão em Flagrante

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 842.

⁷⁹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Metodo, 2011, p. 868.

⁸⁰ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.078.

⁸¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *op. cit.* p. 868.

⁸² MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 842.

O flagrante tem sua origem do latim “*flagrare*”, que significa “queimar”, a expressão “flagrante delito” é utilizada para designar o crime que está ocorrendo, evidente e com certeza visual do crime, é o crime ainda queimante.⁸³

A Prisão em Flagrante trata-se de medida privativa de liberdade que possui natureza cautelar ou provisória, ou seja, antes do trânsito em julgado⁸⁴ independentemente de ordem judicial, decretada diante da ocorrência de uma infração penal, objetivando evitar o perecimento de direitos e restaurar a paz social.

Lopes Jr⁸⁵ no entanto, entende ser a prisão em flagrante uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, pois se trata de uma detenção precária, podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial, para o autor, toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada.

Trata-se de medida excepcional, uma exceção à tutela de liberdades individuais, só podendo ocorrer quando for necessária. Por ser o flagrante considerada um ato de coerção temporária (possui duração limitada e imediata), somente se exige a aparência de tipicidade, não se exigindo valoração sobre a ilicitude e a culpabilidade⁸⁶, no mesmo sentido Lopes Jr⁸⁷ refere ser a prisão flagrante uma medida precária, mera detenção que não possui a finalidade de garantir o resultado final do processo, podendo ser praticado por um particular ou pela autoridade policial.

A precariedade está relacionada também a brevidade de sua duração, pois deve ser analisada judicialmente em até 24 horas, momento em que será avaliada sua legalidade e será decidido sobre a manutenção da prisão, agora como preventiva, ou não.⁸⁸

O art. 310 do CPP prevê que após receber o Auto de Prisão em Flagrante, na condução da Audiência de Custódia – prazo máximo de 24 horas após a prisão – com a presença do Acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e representante do Ministério Público; o juiz deverá decidir entre o relaxamento, conversão em prisão preventiva (enfrentando e motivando o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*), pela decretação de outra medida cautelar alternativa à prisão preventiva, ou ainda pela concessão da liberdade provisória com ou sem fiança.⁸⁹

⁸³ *Ibidem*, p. 858.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 858; AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *op. cit.* p. 868.

⁸⁵ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 979.

⁸⁶ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 859.

⁸⁷ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 995.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 994.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 997.

Determina o art. 306 do CPP⁹⁰:

“A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e a família do preso ou à pessoa por ele indicada.”

“§ 1º – Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

A finalidade de comunicação à família do preso ou à pessoa por ele indicada, é possibilitar ao preso assistência moral, material e afetiva. A exigência é que haja a comunicação, não sendo necessária à presença na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.⁹¹

Quanto à comunicação da prisão ao juiz, a finalidade é a verificação da regularidade da prisão, com intuito de se proteger a liberdade de locomoção. O art. 5º, Inciso LXII da CF/ 88, determina a obrigação da imediata comunicação da prisão de qualquer pessoa ao Poder Judiciário.⁹²

3.3 Prisão Temporária

A Prisão Temporária está prevista na Lei nº 7.960/ 89⁹³, e sua decretação depende de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, nos termos do art. 2º, *caput*, da referida lei.

A representação ou requerimento devem ser feitos por escrito, e o autor do pedido deve expor de forma clara e precisa, os requisitos legais motivadores da prisão, com base nos elementos dos autos do inquérito policial, para comprovar a necessidade e a conveniência da prisão.⁹⁴

É decretada pelo juiz, mediante a provocação da autoridade policial ou do Ministério Público, não sendo possível sua decretação de ofício pelo juiz⁹⁵ e deve sempre ser fundamentada conforme determinação do art. 93, IX da CF/ 88 e o art. 2º, § 2º, da Lei nº

⁹⁰ BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941.

⁹¹ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 870.

⁹² *Idem*.

⁹³ BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre Prisão Temporária.**

⁹⁴ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 851.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 852.

7.960/ 89, demonstrando a necessidade da prisão temporária bem como a presença do requisito e fundamentos que a legitimam.⁹⁶

O juiz tem 24 horas para decidir sobre a decretação ou não da prisão temporária. O prazo começa a contar do recebimento da representação ou requerimento.⁹⁷

Os prazos de sua duração são de até cinco dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, porém, no caso de crime hediondo, o prazo poderá ser de trinta dias, prorrogáveis por igual período, fazendo com que a prisão temporária possa durar até sessenta dias, nos termos do art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/ 90.⁹⁸

É a única prisão cautelar cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, sendo que após o prazo final fixado na lei (seja o prazo de duração ou prorrogação) o imputado deve ser imediatamente colocado em liberdade (art. 2º, § 7º, da Lei nº 7.960/ 89)⁹⁹, sob pena de configurar-se em Delito de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/ 19).¹⁰⁰

Nesse sentido, a prisão temporária é considerada uma medida transitória, pois possui prazo certo e determinado, possui ainda caráter de medida instrumental, pois visa a coleta de elementos tendentes à elucidação da autoria e da materialidade de determinada infração penal, a prisão temporária tem como finalidade tutelar o inquérito policial.¹⁰¹

A prisão temporária somente pode ser efetivada durante o inquérito policial, ou seja, na fase pré-processual. Desta forma, após o término do inquérito, seja por encerramento por meio do relatório da autoridade policial, trancamento devido ajuizamento de *Habeas Corpus* (HC) baseado na atipicidade do fato investigado ou evidente impossibilidade de o indiciado ser autor da infração penal ou quando já tiver ocorrido extinção da punibilidade, ou ainda pelo arquivamento, não será mais possível à decretação da prisão temporária.¹⁰²

A prisão temporária poderá dar lugar após o escoamento do seu prazo, a uma prisão preventiva (que não possui prazo de duração), porém, em nenhuma hipótese, poderá ser decretada a prisão temporária caso já estiver concluído o inquérito policial ou até mesmo persistir, se tiver sido decretada anteriormente, após ser concluída a investigação.¹⁰³

⁹⁶ *Ibidem*, p. 846.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 848.

⁹⁸ BRASIL, Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do Art. 5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.**

⁹⁹ BRASIL, Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. *op. cit.*

¹⁰⁰ BRASIL, Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade;** altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

¹⁰¹ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 845-846.

¹⁰² *Ibidem*, p. 848.

¹⁰³ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1091.

3.4 Prisão Preventiva

A prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível, pode também ser decretada na fase recursal, se houver necessidade real com fundamento na garantia da aplicação da lei penal.¹⁰⁴

Somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, a partir do requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. O art. 311 do CPP estabelece ainda que caberá a prisão preventiva a partir de requerimento do querelante, que para Lopes Jr¹⁰⁵ é o Querelante de ação penal privada subsidiária da pública conforme art. 29 do CPP, em que a situação do querelante é similar àquela ocupada pelo Ministério Público (que por inércia não está atuando), podendo requerer a prisão preventiva, desde que apresentados seus fundamentos.¹⁰⁶

A decretação da prisão preventiva é uma decisão judicial que deve ser fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF/ 88, e do art. 315 do CPP: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada”. A fundamentação deve ser efetiva, portanto, não basta mera referência quanto à gravidade genérica do delito ou à aplicação da lei penal. É imperioso demonstrar, com dados concretos retirados dos Autos, a necessidade da custódia.¹⁰⁷

O *fumus commissi delicti* é requisito da prisão preventiva, necessitando para sua decretação que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.¹⁰⁸

De acordo com o art. 312 do CPP:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade imputado.¹⁰⁹

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 1.026.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 2.016.

¹⁰⁶ BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3689**, de 3 de outubro de 1941.

¹⁰⁷ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 879.

¹⁰⁸ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1028.

¹⁰⁹ BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3689**, de 3 de outubro de 1941.

E no art. 282, § 4º do CPP:

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do Art. 312 deste Código.¹¹⁰

O *periculum libertatis* é o perigo relacionado ao estado de liberdade do sujeito passivo, e o CPP o prevê como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Essas situações para a decretação da prisão são alternativas e não cumulativas, assim basta uma delas para justificar-se a decretação.¹¹¹

A garantia da ordem pública não está configurada pela comoção social causada nem pela gravidade genérica do delito. A decretação da prisão preventiva, justificada pela garantia da ordem pública ocorre quando ficam demonstradas, por meio dos elementos concretos constantes dos autos: a periculosidade do réu e de seus eventuais comparsas, a crueldade, revelada pelo *modus operandi* do crime e pela habitualidade da conduta, e pela necessidade de fazer cessar a reiteração criminosa.¹¹²

Conforme Lopes Jr.:

É recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva.¹¹³

No que se refere às condições pessoais do Acusado, essas quando favoráveis, não são aptas, por si só, a impedir prisão preventiva, no entanto quando desfavoráveis, são acatadas como justificativas para a adoção dessa medida cautelar.¹¹⁴

A conveniência da instrução criminal é a cautela instrumental, pois objetiva assegurar o adequado desenvolvimento da fase processual de coleta de provas, indispensáveis ao esclarecimento da verdade real, evitando a destruição de provas ou intimidação de testemunhas, peritos, terceiros ou vítimas. A tutela probatória, como fundamento da prisão preventiva, necessita ser baseada em elementos concretos, devendo

¹¹⁰ BRASIL, Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3689**, de 3 de outubro de 1941.

¹¹¹ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1031.

¹¹² MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 882.

¹¹³ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1032.

¹¹⁴ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 882.

ser demonstrada a possibilidade efetiva de lesão ou turbação no conjunto probatório por parte do acusado ou indiciado, caso este seja mantido em liberdade.¹¹⁵

Por fim, a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução não poderá ser justificada quando a finalidade é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório, como na participação de acareação, reconhecimento entre outras situações, pois como, por exemplo, no caso de interrogatório o imputado não é mais visto como um objeto de prova.¹¹⁶

A garantia da aplicação da lei penal está relacionada a impedir a fuga ou o perigo de fuga do imputado. A fuga do indiciado ou do acusado, no caso concreto, é motivo suficiente para embasar a prisão preventiva, no entanto o estado de fuga deve ser real, o que deve ser comprovado com base em provas concretas, seguras. Dessa forma não é suficiente à fundamentação da gravidade do crime dentre outras presunções. O estado de fuga deve ser comprovado por meio das circunstâncias do fato concreto e pelas condições do agente.

É considerada a cautela final, pois possui a finalidade de impedir a fuga do imputado como forma garantir o resultado do processo. “O perigo de fuga deve sem razoável probabilidade, consubstanciada em fatos e circunstâncias concretas de subtração do acusado do procedimento persecutório crimina”.¹¹⁷

No que tange à garantia da ordem econômica, a prisão preventiva é decretada em virtude do temor social de que o infrator retorne a praticar delitos econômicos. Dessa forma pode vir a abalar a ordem social em sua parcela econômica provocando grave dano social¹¹⁸. Tal fundamento possui o fim de tutelar os riscos decorrentes de condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja relacionada com o risco de reiteração de práticas que possam gerar perdas financeiras consideráveis, seja no caso de expor em perigo a confiabilidade e o funcionamento do sistema financeiro. Até mesmo do mercado de ações e valores, conforme Lopes Jr.¹¹⁹ essa situação teve e tem pouquíssima utilização forense.

Além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, juiz deverá observar os limites de incidência da prisão preventiva, que estão enumerados no art. 313 do CPP¹²⁰, no

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1033.

¹¹⁷ MESSA, Ana Flávia. *op. cit.*, p. 883.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 1033.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 1037.

entanto, o art. 313 somente tem aplicação quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* previstos no art. 312 do CPP.¹²¹

3.5 Princípio da Presunção de Não Culpabilidade ou do Estado de Inocência

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, previu em seu art. 9º o direito fundamental a ser presumido inocente perante uma acusação, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê em seu art. 11.1 que toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa. Prescrições neste mesmo sentido estão dispostas na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais no art. 6.2, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu art. 14.2 e na Convenção Americana sobre Direito Humano Dec. 678/ 92 em seu art. 8º parágrafo 2º.¹²²

Conforme Marco Antônio Marques da Silva¹²³ há três conceituações diversas para o Princípio da Presunção de Inocência nos tratados e legislações internacionais: o primeiro tem por escopo estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (é trazido pelas escolas doutrinárias italianas); o segundo visa a proteger o acusado durante o processo penal, uma vez que se presumido inocente, esse não deve sofrer medida restritiva de direito no decorrer do processo (acepção trazida pelo art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789). Por fim, o último conceito trata-o como regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, que possui o dever de analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é obrigatória (definição da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

No que tange a terminologia de inocência ou não culpa, nossa Carta Magna de 1988 prevê em seu art. 5º, LVII que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória transitada em julgado. Desta forma, adotou a expressão da “não culpa” em seu texto. A expressão “inocência” está expressa no art. 2º da Convenção

¹²¹ *Ibidem*, p. 1039.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de direito processual penal**. 4ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 43.

¹²³ SILVA, Marco Antonio Marques, 2001, p. 30-31 *apud* LIMA, *op. cit.* p. 43.

Americana de Direitos Humanos, que possui natureza supralegal no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com entendimento do STF.¹²⁴

O Princípio da Inocência, ou da Não-Culpabilidade, em que sua origem mais expressiva pode ser referida à Revolução Francesa bem como à queda do Absolutismo, por meio da rubrica da presunção de inocência, auferiu tratamento distinto por parte do Constituinte de 1988. A CF/ 88, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas sim de sua afirmação, como valor normativo a ser respeitado em todas as fases do processo penal, tanto na fase investigatória ou pré-processual, quanto na fase processual propriamente dita, ou seja, ação penal.¹²⁵

A CF/ 88 desta forma promoveu “a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal” e também “a garantia de que toda prisão anterior à condenação definitiva seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.”¹²⁶

Em decorrência disso, qualquer prisão necessariamente deverá ser justificada pela necessidade ou na indispensabilidade, o que deve ser aferida por meio de decisão fundamentada do juiz ou do tribunal, conforme determinada e relevante finalidade. A referida finalidade deve ser pautada também no âmbito constitucional, de forma que somente por essa via, as duas determinações constitucionais supracitadas poderiam ser afastadas. Desta forma, nasce a necessidade de se preservar a efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para se justificar a segregação excepcional do indivíduo que ainda deva ser considerado inocente.¹²⁷

Na legislação pátria, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da CF/ 88, sendo considerado o princípio que rege todo processo penal e analisando a qualidade de um sistema processual penal, pode-se verificar sua qualidade por meio do nível de observância e eficácia do referido princípio. É considerado fruto da evolução civilizatória do processo penal e nas palavras de Goldschmidt, “se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles.”¹²⁸

É um princípio fundamental de civilidade, decorrente de uma opção protetora do indivíduo, mesmo que para isso tenha que ocorrer a impunidade de algum culpável, pois

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *op. cit.* p. 43-44.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *op. cit.*, p. 497.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ LOPES JR, Aury. *op. cit.*, p. 973.

indubitavelmente o mais importante é que todos os inocentes estejam resguardados. Essa escolha ideológica em relação às prisões cautelares se reveste de grande relevância, uma vez que é decorrente da consciência de que a prisão desnecessária e antecipada de um inocente é preço alto a ser pago, uma vez que inexistente sentença definitiva, ainda mais no sistema carcerário medieval do nosso país.¹²⁹

Em resumo, a presunção de inocência estabelece em verdade um dever de tratamento, pois exige que o réu seja tratado como inocente, e que atua em duas dimensões: interna e externa ao processo.¹³⁰

Sob o aspecto da dimensão interna, é um dever de tratamento imposto *a priori* ao juiz, que determina que a encargo da prova seja completamente do acusador, uma vez que se o réu é inocente, este nada necessita provar, e que a dúvida acarretará à absolvição, implica ainda rígidas restrições ao uso e/ou abuso das prisões cautelares, no sentido de não se prender desarrazoadamente o indivíduo que não foi definitivamente condenado.¹³¹

Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência determina uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização antecipada do imputado, assim, nesse aspecto, a presunção de inocência como também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade, devem ser utilizadas como limitações democráticas à abusiva exploração da mídia a um fato criminoso como também do próprio processo judicial. O espetáculo armado pelo julgamento antecipado da mídia deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.¹³²

Conforme entendimento de Renato Brasileiro:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).¹³³

No direito brasileiro há debates sobre o significado da garantia de presunção de não culpabilidade que tem sido entendido como forma de se impedir que recaiam sobre o investigado ou denunciado consequências jurídicas antes do trânsito em julgado da sentença

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Ibidem*, p. 974.

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.*

¹³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. volume 1. Impetus. Niterói: 2012. p. 11

criminal, aceitando-se como legítimas as prisões cautelares não se configurando como antecipação da pena, estando relacionada ao êxito da persecução criminal¹³⁴.

Conforme Mendes¹³⁵ é questão controvertida a possibilidade de execução provisória da pena em face da garantia constitucional de presunção de não culpabilidade.

3.6 Histórico do entendimento do STF e respeito da interpretação da presunção de não culpabilidade

Inicialmente o STF defendia que o princípio da presunção de não culpabilidade não impedia a prisão do réu após sentença condenatória, afirmando em decisão majoritária era no sentido de que a presunção de não culpabilidade que veda a inserção do nome do réu no rol dos culpados não inibe a execução pena provisória da sentença condenatória que é sujeita a recursos que não possuem efeito suspensivo, quais sejam, o especial e o extraordinário (nesse sentido HC 82 490, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 29/11/2002).¹³⁶

O Plenário do STF tendo em vista a Lei nº 9.034/ 95 art. 9º (o réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta lei) e na Lei nº 9.613/ 98, art. 3º (os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade), vinha reconhecendo a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso (HC 85 098/ RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 18/03/2005).¹³⁷

No que se refere ao art. 594 do CPP (hoje revogado pela Lei nº 11 719/ 08) houve relevante discussão no HC 72 366/ SP (Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13/09/1995, DJ de 26/11/1999) quanto à validade do referido artigo no que tange a sua recepção em face da CF/ 88, que condicionava a liberdade para apelação aos bons antecedentes e primariedade do réu¹³⁸ entendimento este que foi estendido para leis especiais que exigem recolhimento a prisão do condenado para interposição de recurso de apelação (HC 70 634/ PE Rel. Min. Francisco Rezek. 2ª T, j 09/11/1993, DJ 24/06/1994; HC 80 412, Rel. Min. Nelson Jobin, j. 03/10/2000, DJ de 17/08/2001).

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 377.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 378.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ *Idem*.

Relevante mencionar que essa posição foi fortemente contestada em votos vencidos como do Min. Marco Aurélio: sustentado que o art. 594 do CPP não seria harmônico com a CF/ 88, uma vez ser contraditório a exigir-se de quem deseja recorrer demonstrando-se inconformado com a condenação que se apresente para cumprimento de pena (HC 69 263, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, DJ de 09/10/1992)¹³⁹.

O Min. Sepúlveda Pertence também se opôs a esse entendimento sustentando que prisão que decorre de sentença condenatória recorrível se trata de prisão cautelar ou antecipação de cumprimento de pena. Para ele, as circunstâncias do caso podem aconselhar a prisão cautelar, devendo esta ser fundamentada, caso contrário a prisão seria de fato antecipação do cumprimento de pena (HC 69 964/ RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 01/07/1993).¹⁴⁰

No Julgamento da Medida Cautelar na Reclamação (Rcl-MC) 2 391/ PR, o Ministro Peluso manifestou-se na concessão de HC de ofício na medida cautelar da referida reclamação determinando a soltura do reclamante. Decidiu-se pela inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 9.034/ 95 e com relação ao art. 3º da Lei nº 9.613/ 88 propôs interpretação conforme a constituição de forma a se interpretar que o juiz decidirá de forma fundamentada se o réu poderá apelar ou não em liberdade, no caso de se verificar se estão presentes ou não os requisitos da prisão cautelar.¹⁴¹

Os fundamentos básicos do voto de Peluso foram em relação a infringir princípios básicos de Justiça pois mesmo que posteriormente se reforme uma decisão em que alguém tenha sido privado de sua liberdade não haveria nenhuma medida capaz de restaurar o estado anterior, pois nem mesmo a reparação pecuniária prevista na Constituição por erro na prisão compensa a perda da liberdade, bem supremo do cidadão.¹⁴²

Mendes¹⁴³ sustenta que “não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção não culpabilidade qualquer cumprimento da pena que não esteja devidamente fundado em sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Esta tese foi acolhida pelo Plenário da Corte, no julgamento do HC Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/2009 e HC 83 868 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16/04/2009) em que ficou definido que a execução provisória da pena, sem que houvesse o trânsito em julgado da

¹³⁹ *Ibidem*, p. 379.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 380.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 382.

sentença penal condenatória era atentatória ao princípio da não culpabilidade previsto na CF/88.

Mendes ressalta que não significa que com essa decisão as prisões provisórias sem trânsito em julgado não seriam possíveis, apenas é necessário que estejam presentes os requisitos para tanto, sustentando ainda o autor:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria idéia [sic] de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano [sic] se convolva em objeto da ação estatal, não há compatibilizar semelhante idéia com a execução penal antecipada.¹⁴⁴

Nesse contexto, com essa decisão o entendimento era no sentido de submeter a decretabilidade da prisão cautelar à satisfação dos requisitos mencionados no art. 312 do CPP (redação antiga), assim, só a aferição, mediante verificação concreta, da imprescindibilidade da adoção da extraordinária medida da prisão cautelar, poderá justificar a restrição da liberdade durante o processamento da apelação¹⁴⁵ (nesses sentidos HC 96 059, Rel. Min Celso de Mello, DJ de 03/04/2009 e 95 494, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 19/06/2009).

No entanto, por maioria o Plenário do STF entendeu que o art. 283 do CPP, não evita o início da execução da pena após condenação em segunda instância, consequentemente indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44 tendo como autores das ações respectivamente o PEN – Partido Ecológico Nacional (atual Patriota) – e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que solicitavam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.¹⁴⁶

Os autores alegaram que o julgamento do HC 126 292, em 17/02/2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, estava gerando relevante controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, pois ainda que a decisão proferida no referido HC não possuísse força vinculante, tribunais de todo o país estavam tomando decisões conforme seu

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 384.

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF admite execução da pena após condenação em segunda instância**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> > Acesso em: 21 set. 2020.

posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no art. 283 do CPP.¹⁴⁷

A análise do caso pelo Plenário do STF iniciou-se em 1º de setembro de 2016, momento em que o relator das duas ADC, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido da constitucionalidade do art. 283, o qual concedeu a cautelar pleiteada pelos autores. No entanto, no dia 5 de outubro de 2016 com a retomada do julgamento na sessão do Plenário, prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia¹⁴⁸.

Finalmente o assunto retornou a pauta, tendo o mesmo ministro relator das primeiras ADC e agora acrescida da ADC 54, tendo como autor o Partido Comunista do Brasil (PC do B). O entendimento atual do STF permite a prisão após condenação em segunda instância, mesmo que ainda seja possível recorrer a instâncias superiores. No entanto, a OAB e os Partidos Políticos sustentam que o entendimento é inconstitucional e uma sentença criminal somente pode ser executada após o fim de todos os recursos possíveis, fato que ocorre na Corte Suprema e não na segunda instância da Justiça, nos Tribunais Estaduais e Federais. Dessa forma, uma pessoa condenada só vai cumprir a pena após decisão definitiva do STF.¹⁴⁹

A votação iniciou em outubro de 2019, mas somente terminou no início de novembro – na quinta sessão realizada sobre o assunto. Assim, por 6 votos a 5, o STF decidiu derrubar a possibilidade de prisão em segunda instância – ou seja, alterou o seu próprio entendimento adotado em 2016. A decisão valerá para todas as instâncias do Judiciário e será de cumprimento obrigatório. Entretanto, de acordo com os Ministros Toffoli e Fachin, a decisão, agora em voga, não implicará em liberação automática, mas o juiz responsável deverá analisar caso a caso.¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ BRASIL, Agência Brasil. **STF derruba validade da Prisão após segunda instância.** Disponível em: < <https://agenciabrasil.etc.com.br/justica/noticia/2019-11/stf-derruba-validade-da-prisao-apos-segunda-instancia> > Acesso em: 24 set. 2020.

¹⁵⁰ BRASIL, Migalhas/ UOL. **STF volta a proibir a Prisão em segunda instância.** Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5> > Acesso em: 27 set. 2020.

Como já havia sido mencionado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece (art. 7.5) a Liberdade Provisória como direito fundamental da pessoa humana.¹⁵¹

No próximo capítulo, sob o enfoque dos temas estudados no presente trabalho, analisaremos os votos dos Ministros do STF e seus principais argumentos favoráveis e contrários à nova posição adotada. Bem como buscaremos levantar os possíveis impactos que essa decisão do pleno poderá acarretar.

¹⁵¹ HC 91.657/ SP, Pleno, Rel. Min Gilmar Mendes, j.13/09/2007, Dje 14/03/2008, p. 293.

4 VOTO DOS MINISTROS DO STF A RESPEITO DA “ADC 43, 44 E 54” E POSSÍVEIS IMPACTOS DA DECISÃO

O presente capítulo apresenta uma análise dos votos dos ministros do STF. Tal análise busca de forma pontual apresentar os argumentos favoráveis e contrários ao novo ordenamento judicial, que após o final de seu julgamento deu ganho de causa ao Princípio da Presunção de Inocência, cláusula pétrea de nossa Carta Magna – art. 5º, Inc LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O julgamento das ADC foi iniciado em 17 de outubro de 2019 com a leitura do relatório do Ministro Marco Aurélio¹⁵². As decisões foram votadas em plenário em 23 e 24 de outubro e finalizando no dia 7 de novembro de 2019 e dizem respeito ao entendimento do STF frente às ADC 43, 44 e 54 pleiteadas respectivamente pelo PEN (atual Patriota), OAB e PC do B, com objetivo de declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP (com a redação da época – Lei nº 12 403/ 11):

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.¹⁵³

Os autores das ADC alegaram que após a decisão do HC 126 292 em 17 de fevereiro de 2016, no qual o STF entendeu possível a execução provisória da pena, os tribunais de todo país passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo decisões que ignoram o disposto no art. 283 do CPP, desta forma as ADC foram pleiteadas com a finalidade de conceder medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os Acórdãos prolatados em segunda instância, buscando a declaração da constitucionalidade do art. 283 do CPP.¹⁵⁴

¹⁵² BRASIL, Agência Brasil. **STF derruba validade da Prisão após segunda instância** – Distrito Federal, divulgado em: 07/11/2019. Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-11/stf-derruba-validade-da-prisao-apos-segunda-instancia> > Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁵³ BRASIL, Migalhas/ UOL. **O Julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF e PEC 5/ 19 acerca da possibilidade da prisão em 2ª Instância** – São Paulo, divulgado em: 14/11/2019. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/depeso/315161/o-julgamento-das-adcs-43-44-54-pelo-stf-e-a-pec-5-9-acerca-da-possibilidade-da-prisao-em-2-instancia> > Acesso em: 30 set. 2020.

¹⁵⁴ BRASIL, Âmbito Jurídico. **Presunção de Inocência ou Não Culpabilidade sob a ótica da Decisão do STF no HC 126.292/ SP** – São Paulo, divulgado em: 22/10/2019. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade-sob-a-otica-decisao-do-stf-no-hc-126-292-sp> > Acesso em: 02 out. 2020.

O plenário do STF por maioria manifestou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso, para o início do cumprimento da pena. Assim, entendeu que o referido artigo impede o início da execução da pena após a condenação em segunda instância, deferindo as liminares pleiteadas nas ADCs 43, 44 e 54.¹⁵⁵

Passaremos a analisar os principais argumentos apresentados pelos ministros constantes no Acórdão da ADC 54¹⁵⁶, julgada pelo plenário do STF em 7 de novembro de 2019 CPP.

4.1 Votos no sentido de que o art. 283 do CPP não permite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado

Os ministros do STF que votaram no sentido de não permitir a prisão para início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado foram: Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, sendo que Dias Toffoli pelo Voto de Minerva acompanhou o voto do Relator, entretanto alegou que o Congresso Nacional, exercendo seu papel, tem a autonomia para alterar o dispositivo e definir o melhor momento da prisão.

Os Ministros manifestando-se pela constitucionalidade do art. 283 do CPP entenderam que o referido artigo espelha o disposto nos Incisos LVII e LXI do art. 5º da CF/88, que abordam direitos e garantias fundamentais, sendo que a nossa Carta Magna de forma clarividente vincula o princípio da não culpabilidade a uma condenação transitada em julgado, não sendo possível chegar a uma interpretação diversa.¹⁵⁷

Ressaltaram que o art. 5º LVII da CF/88 é claro quando dispõe que a presunção da inocência permanece até o trânsito em julgado, sendo um dispositivo taxativo, sendo que para levar um indivíduo à prisão, é preciso que sejam respeitados o princípio da presunção de inocência e que haja motivação na decisão.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BRASIL, FGV. **Supremo vota pela Constitucionalidade da Constituição** – Rio de Janeiro, divulgado em: 07/11/2019. Disponível em: < <https://portal.fgv.br/artigos/supremo-vota-pela-constitucionalidade-da-constituicao> > Acesso em: 03 out. 2020.

¹⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medidas Cautelares nas Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ata nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em: 07/10/2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> > Acesso em: 04 out. 2020.

¹⁵⁷ *Ibidem*. Rosa Weber p. 1

¹⁵⁸ *Ibidem*. Ricardo Lewandowski p. 1

Desta forma, para os ministros a execução provisória da pena é incompatível com o direito fundamental de o réu ser presumido inocente. A presunção de inocência é uma conquista histórica da sociedade na luta contra a opressão do Estado, e é tratada como um valor fundamental nas sociedades civilizadas no transcorrer de sua evolução histórica, é uma exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Entendimento contrário a esse, realça uma inquietante inflexão hermenêutica sob o aspecto regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, o que retarda o avanço desses direitos. Sustentam que em vez de interpretarem de forma contrária ao que estabelece a Constituição Federal, o que deveria ser feito é a reforma do sistema processual para se obter racionalidade no aspecto recursal, porém não se deve ferir um dos direitos fundamentais da sociedade.¹⁵⁹

Argumentam que valores consagrados na CF/ 88 não podem ser negados para prevalecer razões fundadas no clamor público e em pragmatismo de ordem penal.¹⁶⁰

Incumbe ao Judiciário, principalmente ao STF acautelar os direitos fundamentais dos indivíduos, afastando comportamentos do poder público que possam afrontar a dignidade da pessoa humana, devendo ainda fazer cumprir os pactos internacionais de defesa de grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias.¹⁶¹

A inefetividade da jurisdição penal ou do sistema punitivo decorrido da prodigalização dos recursos acaba por gerar no meio social a sensação de impunidade, essa sensação não pode ser atribuída ao direito fundamental de ser presumido inocente, uma vez que não é essa prerrogativa que causa o sentimento de injustiça dos cidadãos ou que gera crise na funcionalidade do aparelho judiciário.¹⁶²

Essa questão – que não está relacionada com a Presunção da Inocência – deve ser solucionada com a reformulação do sistema processual e pela busca de meios que possam ser adotados pelo Poder Legislativo para conferir maior racionalidade ao modelo recursal brasileiro, porém o que não se pode é desconsiderar um dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, fundado na liberdade e princípio democrático.¹⁶³

Decisões como essas revelam preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista nos pensamentos jurisprudenciais do STF no âmbito sensível dos direitos e garantias individuais que retarda o avanço das liberdades fundamentais no Brasil.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Ibidem*. Celso de Mello p. 1

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Ibidem* p. 3

¹⁶² *Ibidem* p. 4

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Idem*

A presunção de inocência representa uma extraordinária conquista histórica dos cidadãos em sua permanente luta contra a opressão do Estado e o abuso de poder e foi legitimada pela ideia democrática – muito embora ultrajada por governos autoritários ou por regimes autocráticos que prescreviam a ideia de que todos são culpados até prova em contrário – tem prevalecido ao longo da história em sociedades civilizadas, como valor fundamental e requisito básico de respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁶⁵

A CF/ 88 estabelece, de forma clara, limitações que o Estado e seus agentes não podem transpor quando do desempenho da persecução penal. Impõe a Constituição que a descaracterização da presunção de inocência somente pode ocorrer com o trânsito em julgado da condenação criminal.¹⁶⁶

A repulsa à Presunção de Inocência, com todas as gravíssimas consequências daí resultantes, tem sua origem, em uma visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático.¹⁶⁷

STF ao manifestar lealdade ao estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar (como a prisão temporária e a prisão preventiva) de indiciados ou réus perigosos, pois de forma expressa reconhece – estando presentes as razões a justifiquem, a possibilidade de Magistrados e Tribunais utilizarem das diversas modalidades de tutela cautelar penal, com intuito de preservar e proteger os interesses da coletividade em geral e os dos cidadãos.¹⁶⁸

O postulado do estado de inocência afasta suposições ou juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha – como o determina a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal, a partir daí a presunção de que é inocente, deixará de subsistir, em relação à pessoa condenada.¹⁶⁹

A presunção de inocência não se esgota progressivamente ao se sucederem os graus de jurisdição, desta forma, ainda que confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, subsistirá esse direito fundamental em favor do sentenciado, que só deixará de prevalecer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como inequivocamente prevê nossa Lei fundamental.¹⁷⁰

Relevante acentuar, a importância da coisa julgada em nosso sistema normativo, pois propicia a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, consagrando desta

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ *Ibidem* p.12

¹⁶⁷ *Ibidem* p.14

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.16

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 18

forma a segurança jurídica, que revela, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, representando um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado democrático de direito.¹⁷¹

A sentença, enquanto sujeita a recurso, de natureza ordinária ou de caráter extraordinário, caracteriza-se como um ato estatal instável e provisório, reformável e naturalmente dependente, no desenvolvimento de seu integral conteúdo de eficácia, do trânsito em julgado, pois é partir disso, que resulta a especial qualidade que torna imutável e indiscutível o disposto na decisão.¹⁷²

Desta forma, inquéritos policiais em andamento, processos penais ainda em curso ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos – até mesmo os recursos excepcionais interpostos para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e para o STF, não podem ser considerados para afastar a presunção da inocência – uma vez que são suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização desse direito fundamental apregoado pela própria CF/ 88.¹⁷³

4.2 Votos no sentido de que o art. 283 do CPP permite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado

Os ministros do STF que votaram no sentido de permitir a prisão para início de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado foram: Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Os ministros entendiam que a execução da pena com decisão de segundo grau não viola o Princípio da Presunção de Inocência, pois em eventual abuso na condenação, a defesa poderá utilizar instrumentos como o *habeas corpus* e o Recurso Extraordinário (aqui em sentido lato) com pedido de efeito suspensivo, pois são instrumentos adequados e eficazes no controle de situações de injustiças e excessos.¹⁷⁴

A prescrição Constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado, não exclui a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena. Ademais, existe a necessidade de preservar o sistema e sua confiabilidade, que é o alicerce das

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 19

¹⁷² *Ibidem*, p. 20

¹⁷³ *Ibidem*, p. 21

¹⁷⁴ *Ibidem*, Luiz Fux, p. 1, Edson Fachin p. 18

instituições democráticas, uma vez que a comunidade almeja uma resposta, e que esta seja em um prazo razoável.¹⁷⁵

A execução provisória, após esgotadas as instâncias ordinárias, garantem a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos tutelados por ele. Ademais, a Presunção da Inocência é princípio, podendo dessa forma ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais, como por exemplo, valores como a efetividade do sistema penal. A efetividade do sistema penal é um instrumento que protege a integridade das pessoas e seu patrimônio. Entendimento sustentado anteriormente pelo STF é injusto, pois incentiva a interposição sucessiva de recursos objetivando adiar o trânsito em julgado, evidenciando um sistema penal seletivo, fazendo com que agrave o descrédito da sociedade em relação à justiça, contribuindo para aumentar a criminalidade.¹⁷⁶

A intenção do Constituinte no Inciso LVII do art. 5º da CF/ 88: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não era impedir a prisão após a condenação em segundo grau, se fosse sua intenção teria feito no Inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Essa decisão é decorrente da necessidade de dar efetividade à justiça.¹⁷⁷

Há no sistema um enfraquecimento progressivo da Presunção da Inocência na medida em que transcorre o processo criminal, ocorrendo distinção entre investigado, denunciado, condenado e condenado em segundo grau. Em países muito rígidos no que se diz respeito aos no que se diz respeito a direitos fundamentais, admitem a prisão com decisão de segundo grau.¹⁷⁸

O Brasil tem sido questionado por organismos internacionais de defesa de direitos humanos devido à ineficácia do seu sistema de proteção penal e direitos humanos. Exemplos como o caso Maria da Penha, Sétimo Garibaldi, Ximenes Lopes entre outros, sustentando a morosidade judicial em apresentar soluções a casos criminais que decorrem de intensa violação a direitos humanos.¹⁷⁹

A condenação criminal poderá em caráter provisório acarretar o encarceramento imediato, depois de esgotadas as instâncias ordinárias, pois os acessos às instâncias

¹⁷⁵ *Ibidem*, Carmem Lucia, p. 1

¹⁷⁶ *Ibidem*, Luis Roberto Barroso, p. 1

¹⁷⁷ *Ibidem*, Luiz Fux, p. 1

¹⁷⁸ *Ibidem*, Gilmar Mendes, p. 1

¹⁷⁹ *Ibidem*, Edson Fachin, p. 4-5

extraordinárias ocorrem por intermédio de recursos que ordinariamente são dotados de efeito devolutivo.¹⁸⁰ O art. 283 do CPP prevê que, em regra, exige-se o trânsito em julgado para a eficácia das decisões jurisdicionais condenatórias. As prescrições do(s) art. 637 do CPP juntamente com a dos art(s). 995 e 1 029, § 5º do Código de Processo Civil/ 15 (CPC/ 15), confere apenas efeito devolutivo aos Recursos Extraordinários (RE) e Recursos Especiais (REsp), excepcionam dessa forma a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo então o início da execução da pena de prisão após o provimento condenatório proferido por Tribunal de segundo grau.¹⁸¹

O objetivo da Constituição não é conceder terceira ou quarta oportunidade para a revisão da decisão judicial. O acesso às instâncias extraordinárias tem a finalidade de que o STF e STJ exerçam sua função de uniformizar, estabilizar e pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.¹⁸²

Não se aplica ao novo entendimento o argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial ao réu, pois a referida regra somente é aplicável às leis penais, não sendo aplicadas à jurisprudência.¹⁸³

A Presunção de Inocência é uma garantia processualmente dinâmica e sua intensidade deve ser avaliada conforme o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal. Os tribunais superiores não realizam a revisão de fatos e provas, em sendo assim, o julgamento da apelação finaliza a análise de fatos e provas concretizando assim duplo grau de jurisdição.¹⁸⁴

A condenação representa a princípio um juízo de culpabilidade, que decorre dos elementos de prova produzidos durante a ação penal com contraditório, sendo que o juiz de primeiro grau supera nesse momento a presunção de inocência do condenado. Cabe ainda recurso com revisão do tribunal hierarquicamente superior, onde se exaure o exame de fatos e provas da causa, se concretizando o duplo grau de jurisdição, ficando o réu em liberdade até então, ressalvadas as prisões cautelares que vierem a ser decretadas.¹⁸⁵

Desta forma, é nas instâncias ordinárias que o exame de fatos e provas são realizados, analisando então a fixação da responsabilidade criminal do acusado. Consequentemente os recursos de natureza extraordinária não são desdobramentos do duplo

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 11

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 18

¹⁸² *Ibidem*, p. 14

¹⁸³ *Ibidem*, p. 1

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.11

grau de jurisdição, não sendo recursos com efeito devolutivo, uma vez que não debatem matéria fático-probatória.¹⁸⁶

O entendimento que só é cabível prisão após o trânsito em julgado permite e incentiva interposição sucessiva e imprópria de recursos, evidente objetivo protelatório, buscando a prescrição da pretensão punitiva ou executória.¹⁸⁷

4.3 Possíveis impactos da Nova Decisão – Insegurança Jurídica

Em um contexto brasileiro de expansão do Direito Penal, em que grande parte dos indivíduos acredita que o endurecimento penal e a intervenção exacerbada do Estado nessa seara, terão o condão de reduzir a criminalidade e o medo (difundido em grande parte pelos meios midiáticos), reivindicam ações por parte do Poder Público (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), que em resposta as pressões optam por ações que visam à severidade das penas – Lei de Abuso de Autoridade¹⁸⁸ e Pacote Anticrime¹⁸⁹ – citando as Leis mais recentes, criminalização de condutas e outras de caráter expansionistas, deixando de elaborar ações efetivas de combate à criminalidade o que tende a produzir um sistema de redução e flexibilização de princípios penais garantistas fundamentais.

Pode assim surgir, novamente, agora por decisão do Congresso Nacional, um contexto de exceção, onde o Poder Público por meio de aprovação de novas leis penais no âmbito Legislativo, bem como no campo concreto quando o ordenamento jurídico é infringido pelo Executivo e na aplicação e interpretação da Lei pelo Judiciário, com respostas muitas das vezes arbitrárias, sem efetividade e com ações de caráter simbólico. Pois em um contexto de clamor social o resgate da aparente paz e bem estar social justificaria tais ações, constatando um estado de exceção permanente, acoberta-se assim o descuido do poder público frente à implantação de políticas públicas eficazes no combate à criminalidade, criam uma aparente sensação de segurança e de que o Poder Público está atuando e combatendo a criminalidade.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 19

¹⁸⁸ BRASIL, Estadão. **Entenda a Lei de Abuso de Autoridade** – São Paulo, divulgado em: 03/01/2020. Disponível em: < <https://ww.politica.estadao.com.br/noticias/geral,entenda-a-lei-de-abuso-de-autoridade,70002913981> >. Acesso em: 12 out. 2020.

¹⁸⁹ BRASIL, Governo Federal. **Câmara dos Deputados aprova Pacote Anticrime** – Distrito Federal, divulgado em: 05/12/2019. Disponível em: < www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/camara-dos-deputados-aprova-pacote-anticrime >. Acesso em: 13 out. 2020.

No que tange à decisão do pretório excelso quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, especificamente quanto aos votos dos Ministros que votaram favoravelmente a possibilidade do início da execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias, infere-se a partir dos estudos realizados no presente trabalho que alguns dos argumentos apresentados são característicos de um contexto de direito expansionista, bem como de Estado de Exceção, desvelando uma faceta do Judiciário brasileiro.

Argumentos apresentados como a necessidade de preservar o sistema e sua confiabilidade, uma vez que a comunidade almeja uma resposta, e que esta seja em um prazo razoável; que o descrédito da sociedade em relação à justiça contribui para o aumento da criminalidade; que muito embora a Presunção da Inocência proporciona a defesa do Acusado, esta não pode fazer com que se esgote o sentido de justiça, pois o sistema penal deve alcançar sua finalidade última de pacificação social; que a Presunção da Inocência é princípio, podendo dessa forma ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais, como por exemplo, valores como a efetividade do sistema penal; que pode haver um enfraquecimento progressivo da Presunção da Inocência na medida em que transcorre o processo criminal, ocorrendo distinção entre investigado, denunciado, condenado, condenado em segundo grau e continuada tramitação nas esferas superiores do Judiciário (STJ e STF).

Essas justificativas apresentadas, por parte do STF, no sentido de atender a expectativa social e suas reivindicações em um contexto que a população clama por segurança e efetividade do Judiciário, possui claro caráter penal expansionista, de exceção, e simbólico do direito penal, pois em resposta a busca da suposta paz e bem estar, a flexibilização e redução de garantias fundamentais, como no caso a presunção de não culpabilidade, foram justificativas apresentadas.

Assim as reivindicações da população por segurança e ampliação da repressão e controle por parte do Poder Estatal legitima uma exacerbada intervenção do Estado, desembocando em uma gradativa restrição das garantias fundamentais, assim como foi à tese defendida e vencedora em 2016 – revogada, por enquanto, em 2019.

Muito embora não existam garantias fundamentais absolutas¹⁹⁰ não nos parece razoável sua flexibilização por falta da não efetividade penal nem tampouco para atender o clamor da sociedade uma vez que como exposto no presente trabalho, argumentos como esses são muitas das vezes utilizados para ocultar a inefetividade do Poder Público quanto à

¹⁹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007. p. 230

implantação de políticas sociais eficazes no combate à criminalidade, objetivando apenas dar à população uma aparente noção de segurança institucional, possuindo a finalidade de demonstrar a estes que o Poder Público está agindo, procurando trazer respostas rápidas à população, pois ainda que as ações por parte deste nada resolvam, essas são justificadas quando se busca um imediato resgate da paz social.

Ademais, as prisões cautelares poderiam ser utilizadas conforme a gravidade de cada caso devendo apenas ser preenchidos os requisitos legais, exigindo-se que a decisão seja fundamentada.

Outros argumentos apresentados foram no sentido de que nas instâncias ordinárias o exame de fatos e provas é realizado fixando a responsabilidade criminal do Acusado; que em caso de eventual injustiça, esta poderia ser sanada pelo uso de HC, REsp e RE com efeitos suspensivo; o entendimento de que só é cabível prisão após o trânsito em julgado permite e incentiva interposição sucessiva e imprópria de recursos com objetivo protelatório, buscando a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Com base nesses entendimentos – a tese agora derrotada – justificaram a flexibilização da Presunção da Inocência, contrariando expresso mandamento constitucional com *status* de Cláusula Pétreia, que não podem ser alteradas ou restringidas pelo Legislador, muito menos podendo ser pelo Judiciário por meio de interpretação, o que em última análise ofende o próprio Estado Democrático de Direito. A decisão impacta de forma mais relevante, pois o que se está em discussão é um direito fundamental, uma garantia individual que visa a equilibrar a relação da força estatal frente ao cidadão em busca pela justiça. Outrossim, a interposição de recursos com fins protelatórios podem facilmente ser restringidos por mecanismos eficazes como a imediata baixa dos Autos ao juízo de origem, para que seja executada a pena, constituindo mecanismo eficiente para tutelar as situações em que ocorra o abuso do direito de recorrer.

Nesse contexto, ainda não é possível vislumbrar a proporção exata do impacto da decisão do pretório excelso. Entretanto se a tese derrotada vingasse, é inegável que o número de encarcerados aumentaria muito em nosso já caótico Sistema Prisional Brasileiro agravando o superlotação de nossos presídios que constam com o expressivo número de 758 676 pessoas conforme o último relatório do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão que alimenta o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

(Infopen), relativo a março de 2020;¹⁹¹ com os dados atualizados anteriores ao início da Pandemia do Corona Vírus Disease (Covid – 19).

Por outro lado, pode haver em contrapartida um aumento em casos de impunidade, principalmente em pessoas e/ ou setores de grande poder econômico, que além de poder contratar escritórios de advocacias famosos, pode arrastar um processo judicial com vários recursos por longos anos. Citamos alguns casos famosos e recentes:

- a) jornalista Pimenta Neves¹⁹² assassinou a namorada, Sandra Gomide no ano de 2000. Condenado a 19 anos, 2 meses e 12 dias de prisão em maio de 2006, só começou a cumprir a pena 11 (onze) anos depois do julgamento. E por ser idoso já se encontra solto (benefícios da Lei);
- b) o Senador cassado Luiz Estevão¹⁹³ foi condenado em 2006, pela Justiça Federal a 31 anos de prisão acusado de desviar R\$ 2 bilhões de recursos da obra do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de São Paulo. Considerado culpado em vários crimes, após mais de 10 (dez) anos de intermináveis recursos a instâncias superiores, saiu o trânsito em julgado e o ex-parlamentar finalmente foi parar na prisão; e
- c) por último temos a obscura soltura determinada pelo Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, ao mega narcotraficante André Oliveira Macedo, conhecido como “André do Rap”¹⁹⁴, pertencente à facção Primeiro Comando da Capital (PCC). Amparado pelo Pacote Anticrime a decisão foi baseada no art. 316 do CPP, cuja nova redação, determina que a cada 90 dias as Prisões Preventivas devem ser revisadas, sob a pena de tornar a prisão ilegal. Como não houve a prevista revisão, o Ministro determinou sua soltura. Marco Aurélio apenas alega que: “*Aplico a Lei da mesma forma para todos, sem olhar a capa do processo!*”.

¹⁹¹ BRASIL, Governo Federal. **Depen atualiza Infopen com informação de trabalho e educação no sistema prisional** – Distrito Federal, divulgado em 23/03/2020. Disponível em: < www.depen.gov.br/depen-atualiza-infopen-com-informacoes-de-trabalho-e-educacao-no-sistema-prisional > Acesso em: 14 out. 2020.

¹⁹² BRASIL, Metro 1. **Após cinco anos preso, jornalista Pimenta Neves passa para Regime Aberto** – Salvador, divulgado em: 18/02/2016. Disponível em: < <https://www.metro1.com.br/noticias/brasil/12658-apos-cinco-anos-presos-jornalista-pimenta-neves-passa-para-regime-aberto> > Acesso em: 15 out. 2020.

¹⁹³ BRASIL, Correio Braziliense. **Crimes cometidos pelo Senador cassado Luiz Estevão começaram em 1992** – Distrito Federal, divulgado em: 09/12/2015. Disponível em: < <https://correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/12/09/internadf,510025/crimes-cometidos-pelo-ex-senador-luiz-estevao-comecaram-em-1992> > Acesso em: 16 out. 2020.

¹⁹⁴ BRASIL, JP. **Entenda porque André do Rap foi solto; caso envolve STF, Congresso e até Bolsonaro** – São Paulo, divulgado em: 13/10/2020. Disponível em: < <https://jovempan.com.br/noticias/politica/entenda-porque-andre-do-rap-foi-solto-caso-envolve-stf-congresso-e-ate-bolsonaro.html> > Acesso em: 17 out. 2020.

O infrator, assim que cruzou o muro da penitenciária, deve ter fugido para o Paraguai e até a presente data encontra-se foragido. Logo após, o Presidente do STF, Ministro Luiz Fux, suspendeu a liminar de forma Monocrática e em decisão colegiada tal ato foi referendado, no dia 15 de outubro de 2020, numa decisão de “9x1”.

Por fim, cabe pontuar que, para além das discussões relacionadas à ineficácia do Direito Penal como um meio eficaz de combate e prevenção da criminalidade, notória é a falta de políticas públicas de inclusão social, descaso da sociedade civil com a realidade da periferia nos grandes centros e o crescente aumento de poder do crime organizado/ milícias nesses locais.¹⁹⁵

¹⁹⁵ BRASIL, G1. **Rio tem 3,7 milhões de habitantes em áreas dominadas pelo Crime Organizado; Milícia controla 57% da área da cidade, diz estudo** – Rio de Janeiro, divulgado em: 19/10/2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/10/19/rio-tem-37-milhoes-de-habitantes-em-areas-dominadas-pelo-crime-organizado-milicia-controla-57percent-da-area-da-cidade-diz-estudo.ghtml>> Acesso em: 19 out. 2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que tange ao exposto nesse trabalho, referente à decisão do pretório excelso quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54; no ano de 2019 (em detrimento a situação de 2016), especificamente quanto aos votos favoráveis à preservação do Estado de Direito e principalmente no tocante ao entendimento do Princípio da Presunção de Inocência, observou-se que a tese, agora vencedora, reconhece o entendimento geral da maioria da doutrina nacional. Grande parte dos doutrinadores defende a inconstitucionalidade da execução da pena após a decisão consolidada em segundo grau (órgão colegiado).

Retornando ao ano de 2016, a época do julgamento do HC 126 292¹⁹⁶ – ADCs 43 e 44 – o Plenário do STF, na relatoria do Ministro Teori Zavascki, entendeu que “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 afirmando pelo Art. 5º, Inciso LVII da CF/ 88” (*grifo nosso*).

Nas palavras do saudoso Ministro Teori¹⁹⁷: “O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do Princípio da Presunção de Inocência, aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender valores caros não apenas aos Acusados, mas também à Sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Justificativas apresentadas na ocasião (2016) pelos votantes podem sinteticamente ser apresentadas como as relacionadas ao atendimento de expectativas da sociedade em relação à justiça dando respostas à população sob o argumento de se preservar a efetividade do sistema e sua confiabilidade e também de que há o enfraquecimento progressivo da Presunção da Inocência na medida em que transcorre o processo criminal.

Outras justificativas apresentadas, na ocasião, foram de que nas instâncias ordinárias o exame de fatos e provas é realizado fixando a responsabilidade criminal do Acusado, no caso de eventual injustiça, esta poderia ser sanada pelo uso de **HC, RE e REsp** com efeitos suspensivo. Há o argumento de que o entendimento anterior incentiva à interposição sucessiva e imprópria de recursos com objetivo protelatório, buscando a prescrição. Por fim,

¹⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF** – Distrito Federal, divulgado em: 17/02/2016. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=310153 >. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁹⁷ HC 126.292, Relator(a): Min TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PUBLIC 17/05/2016. Acesso em 22 out. 2020.

foi referida a pressão por parte de organismos internacionais no sentido da necessidade de se conferir celeridade à Justiça Brasileira.

Já no momento (2019), após a “**decisão de 6x5**”, essa situação se inverteu totalmente. A regra do art. 283 do CPP é constitucional e o entendimento atual vai na direção do esgotamento de todas as possibilidades de Recurso(s) – trânsito em julgado da condenação – para finalmente iniciar o cumprimento da pena. Mas com isso, tal decisão não impede a possibilidade de decretação da Prisão Cautelar (Preventiva ou Temporária), presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, ou as da Lei nº 7 960/ 89. Nessa situação peculiar não estamos tratando, ainda, da prisão penal/ definitiva; e sim, de prisão provisória/ processual.

Nesse contexto e a partir dos estudos realizados no presente trabalho observou-se que há nos votos dos Ministros favoráveis à prisão antes do trânsito em julgado, características de um contexto de Direito Expansionista, bem como de Exceção. Em contrapartida na tese vencedora prevalece o Estado Democrático de Direito¹⁹⁸ e a defesa dos Princípios Fundamentais do texto constitucional.

O aumento da população prisional¹⁹⁹ em nossos já abarrotados presídios é uma realidade a ser enfrentada pelo Poder Público. A possibilidade de prisões injustas podendo ocasionar indenizações a serem pagas pelo Estado, insegurança jurídica frente às alterações de decisões e a aparente interferência de questões políticas são também possíveis impactos ocasionados pelas últimas decisões da Corte Suprema.

Dessa forma, faz-se necessária a aplicação efetiva das prescrições constitucionais, notadamente as relacionadas às garantias fundamentais relacionadas à valorização e dignidade do ser humano, direitos tão arduamente conquistados. Necessário, também, é alterar as crenças de senso comum no sentido de que a única alternativa ao sistema de justiça criminal brasileiro está na interferência extrema por parte do Poder Público nas esferas individuais, uma vez que esse consenso é propício para a expansão do Direito Penal bem como do Estado de Exceção²⁰⁰.

Nessa esteira, sobre a perspectiva do Estado Democrático de Direito, o Direito Expansionista encontra no Brasil o seu lugar. Percebemos que no decorrer do tempo e fruto

¹⁹⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2014. p. 27.

¹⁹⁹ BRASIL, Governo Federal. **Dados sobre população carcerária no Brasil são atualizados** – Distrito Federal, divulgado em: 17/02/2020. Disponível em: < www.gov.br/pt-br/noticia/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados >. Acesso em: 23 out. 2020.

²⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2020. p. 222.

de atuais interpretações jurídicas, o Direito Expansionista acaba encontrando o seu lugar no modo de vida das pessoas que convivem em sociedade. Conceitos outrora “imutáveis” se tornam mais suscetíveis a este novo olhar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988.

_____, Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941.

_____, Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015.

_____, Governo Federal. **Dados sobre população carcerária no Brasil são atualizados** – Distrito Federal, divulgado em: 17/02/2020. Disponível em: < www.gov.br/pt-br/noticia/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados >. Acesso em: 23 out. 2020.

_____, Governo Federal. **Depen atualiza Infopen com informação de trabalho e educação no sistema prisional** – Distrito Federal, divulgado em 23/03/2020. Disponível em: < www.depen.gov.br/depen-atualiza-infopen-com-informacoes-de-trabalho-e-educacao-no-sistema-prisional > Acesso em: 14 out. 2020.

_____, Governo Federal. **Câmara dos Deputados aprova Pacote Anticrime** – Distrito Federal, divulgado em: 05/12/2019. Disponível em: < www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/camara-dos-deputados-aprova-pacote-anticrime >. Acesso em: 13 out. 2020.

_____, Lei 13.260, de 16 de março de 2016. **Regulamenta o disposto no Inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nos 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.**

_____, Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.**

_____, Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre Prisão Temporária.**

_____, Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. **Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei da Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal e dá outras providências.**

_____, Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais cautelares e dá outras providências.**

_____, Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).**

_____, Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.**

_____, Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos**, nos termos do art.5º, Inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

_____, Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**

_____, Supremo Tribunal Federal. **Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF** – Distrito Federal, divulgado em: 17/02/2016. Disponível em: < portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=310153 >. Acesso em: 21 out. 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Medidas Cautelares nas Ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 – Distrito Federal**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ata nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em: 07/10/2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ pesquisarJurisprudencia.asp > Acesso em: 04 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERREIRA, Iago Oliveira. **A expansão do direito penal à luz do Estado Constitucional de Direito**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n.3, p. 149-188, set./ dez., 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal)**. Conteúdo Jurídico. Brasília/ DF. Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/ 22193/direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal > Acesso em: 22 nov. 2020.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal Inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções & Críticas**. org. e trad. André Luiz Callegari/ Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 73.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de direito processual penal**. 4ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral**. 2ª ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MELO, Marcos. **A ilusão do sistema penal: o medo e a sensação de insegurança como formas de controle social**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal. UFRGS. vol. 4. nº 2. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: o “Direito Penal do Inimigo”**. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2006.

_____, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo a Terceira Velocidade do Direito Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **O estado de exceção e a seleção de inimigos pelo sistema penal: uma abordagem crítica no Brasil contemporâneo**. 1994. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. rev. e. atual. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2011.

RAMOS, Jonas Machado. **Paradigma penal contemporâneo: o estado penal como estado de exceção permanente**. 2007.113 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Porto Alegre, 2007.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.173, p.15-34 jul./ set. 1988. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126> >. Acesso em: 18 set. 2020.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade: Do “estado de exceção” da violência sem memória ao “estado de exceção” da excepcionalidade do concreto**. PUC RS VERITAS. Porto Alegre, v. 51, n. 2, Junho, 2006.

SOUZA, Andre de. **Gilmar Mendes estuda rever prisão após segunda instância.**
Disponível em < <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-estuda-rever-prisao-apos-segunda-instancia-21395908> > Acesso em: 30 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 11. ed. .rev. e atual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/eu_convencao_europeia_dh.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-a-criacao-da-sociedade-das-nacoes-ate-1919/ddhc-1789.html. Acesso em: 21 ago. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLITICOS, 1966. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

MATO GROSSO, Sexta Turma do STJ. **Recurso Especial 471.036/ MT.** Relator Ministro Paulo Gallotti, 04/03/2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8954122/recurso-especial-resp-471036-mt-202-0123033-8>. Acesso em 22 ago. 2020.

MINAS GERAIS, Segunda Turma do STF. **Agravo Regimental no HC 135.100/ MG.** Relator Ministro Celso de Mello, 19/02/2018. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5003617. Acesso em: 23 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5008572-31.2012.4.04.7002/ PR.** Relator Desembargador Federal Sebastião Ogê Muniz, 10/03/2016 . Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/jurisprudencia/sumulas/sumulas-122/5008572-31.2012.404.7002.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SÃO PAULO, Tribunal Pleno do STF, **Medida Cautelar na Reclamação 2391/ PR do HC 82 638/ SP.** Relator Ministro Gilmar Mendes. 19/12/2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79106>. Acesso em: 24 ago. 2020.

SÃO PAULO, Tribunal Pleno do STF, **Recurso Extraordinário 466.343/ SP.** Relator Ministro Cezar Peluso. 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 24 ago. 2020.