

FÁBIO LUIZ LIMA SOUZA¹, RUBENS ALVES DA SILVA²

¹Graduando em Direito, Tecnólogo em Logística pela Universidade Paulista – UNIP, Manaus - AM. E-mail: fabiolls_@hotmail.com. ²Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA, Especialista em processo judicial, Especialista em docência e gestão do ensino superior pela Universidade Estácio do Amazonas, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, advogado e autor de livros.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o cerceamento da liberdade após o julgamento em segunda instância, considerando os ditames constitucionais, além de especificamente verificar a legislação brasileira em relação à garantia de direitos acerca da prisão em segunda instância.

Palavras-chave: Prisão. Garantia de Direitos. Prisão em Segunda Instância.

PRISÃO APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

INTRODUÇÃO

Um dos princípios basilares de qualquer ordenamento jurídico formatado a partir do Estado Democrático de Direito é a presunção de inocência que faz parte do arcabouço de Direito Internacional e que fundamenta direitos e garantias individuais que deve ser protegido pelo Direito Constitucional. Esse direito fundamental é contemplado pelo artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão; do artigo 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966;

do artigo 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; e do artigo 8º, nº 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em todos esses compêndios normativos, a presunção de inocência é um elemento fundamental. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Constitucional (1988) incluiu a presunção de inocência em seu art. 5º, LVII que diz que *“todos serão considerados inocentes até o trânsito em julgado”*.

Desta forma, este artigo tem por objetivo geral analisar o cerceamento da liberdade após o julgamento em segunda instância, considerando os ditames constitucionais, além de especificamente verificar a legislação brasileira em relação à garantia de direitos. Nesse sentido, é que o assunto em pauta foi estudado, numa perfeita sintonia com as normas constitucionais e processuais que regem a garantia de direitos, justificando esse trabalho.

1. DA PRISÃO

Segundo Gonçalves (2014, p. 1) *“a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção; é a privação ou restrição ao direito de ir e vir mediante clausura”*. Pontes de Miranda *apud* Gonçalves (2014, p. 1) define prisão como sendo:

“Qualquer restrição de liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou, ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaças, ordem de ficar, de ir, ou de ir, de permanecer dentro de determinada zona etc”.

Destarte, a prisão é uma exigência amarga, porém imprescindível. Foi imaginada como uma das formas de penalizar. Sua origem está diretamente ligada à questão do direito eclesiástico (penitência = pena), no final do século XVI, onde a questão era castigar quem não cumpria os preceitos e dogmas determinados pela Igreja, segundo Sanches (2015).

A prisão como punição para quem comete algum delito contra a ordem natural das coisas determinada pelo Estado, data de fins do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código Criminal de 1808 na França.

A prisão foi à forma encontrada de manter pessoas acusadas de atentarem contra a Lei para serem julgadas para posterior aplicações das penalidades definitivas que sempre atentarão contra a liberdade e, principalmente com o uso do castigo físico, chegando até a morte. Assim, desde a sua origem, a cerceamento da liberdade servia apenas como instrumento provisório para infringir castigo.

As prisões decorrentes das condenações irrecorríveis, as prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, continuam se justificando como imperativo social.

A Constituição Federal (1988) garante em seu artigo 5º, inciso LXI, que o cidadão somente será tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial. Além desses casos, somente se justifica a prisão administrativa que pode vir a ser apreciada judicialmente em caso de manifesta ilegalidade, ainda que pese a impossibilidade de exame de sua conveniência ou motivação, pois foge à esfera judicial a apreciação do mérito do ato administrativo.

Assim, a prisão continua sendo uma necessidade social que encontra amparo no direito constitucional. Porém, quando tem caráter antecipado, provisório cautelar ou prévio, deve estar rigidamente enquadrado dentro da previsão legal e obediente aos princípios constitucionais e jurídicos que norteiam nosso sistema. Esse amparo tem por fundamento garantir o direito à liberdade. Essa liberdade engloba aspectos filosóficos, reportando-se as sociedades utópicas inauguradas a partir de processos que defendiam a igualdade entre os homens.

1.1 Das modalidades e requisitos

Duas são as modalidades de prisão: a prisão cautelar e a prisão pena. No caso da prisão cautelar, segundo Ribeiro (2012, p. 27) *“o desenvolvimento processual é feito por meio de atos e procedimentos cuja realização em sequência estende-se ao longo do tempo”*.

A prisão cautelar funciona como autêntica ação asseguradora, com o fim de evitar o dano jurídico decorrente da demora do processo principal e deve-se manifestar por meio de ação correspondente. Já a prisão pena ou penal é a que se apresenta como consequência de uma condenação transitada em julgado, de acordo com previsão estabelecida no Código Penal, conforme Capez (2004).

1.1.1 Da prisão cautelar

Prisão processual ou provisória é uma medida acautelatória que assegura a aplicação da lei penal. Em sentido amplo inclui a prisão em flagrante, prisão preventiva, a prisão em razão de decisão de pronúncia, prisão resultante de sentença condenatória recorrível e prisão temporária. Para qualquer destes casos devem estar presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni iuris*, que consiste na previsão da lei penal quanto a sua aplicação que determina que a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo a ordem pública ou necessidade para instrução criminal.

A prisão cautelar pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal ou mesmo quando ainda não há processo por razão de necessidade. Esta possibilidade está prevista no art. 5º, LXI da Constituição Federal (1988), que garante que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”*, Lacerda (2008).

Gonçalves (2014, p. 4) observa que:

“Possui a prisão processual as seguintes características a) instrumentabilidade, na medida em que serve como meio de garantir a eficácia das providências que se pretendem tomar no

processo; b) provisoriedade, por que fica condicionada à definição do processo; e c) acessorabilidade, já que se liga ao processo principal e destina-se a assegurar resultado”.

Segundo Gonçalves (2014, p. 4), a prisão de natureza cautelar subdivide-se em duas espécies: prisão pena cautelar administrativa e prisão penal cautelar processual, dependendo da autoridade que a decreta:

“A prisão penal cautelar administrativa é aquela decretada ainda na fase pré-processual, pelo Delegado de Polícia, em razão de investigado apanhado em flagrante delito”. [...]

“A prisão penal cautelar processual, por outro turno é aquela decretada pelo juiz e se destina a tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória e da ordem econômica. A prisão em flagrante, à prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão por pronúncia e a prisão decorrente de sentença apresentam tal natureza”.

Prisão em flagrante é aquela em que o autor do crime é surpreendido no momento à execução do delito ou logo após cometê-lo.

Prisão temporária é determinada à privação de liberdade por tempo determinado destinado a possibilitar investigação de crimes considerados graves, durante o inquérito policial.

Tem previsão legal na lei n. 7.960/1989. Prisão por sentença condenatória recorrível ocorre na ocasião da sentença de primeira instância, em que o réu para recorrer terá que ser privado da sua liberdade, para que isso aconteça este terá que se encontrar solto, consoante Gonçalves (2014).

Prisão por pronúncia observa-se no rito do júri popular, que possui duas fases, sendo a primeira à fase onde o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu o crime e prova a materialidade da infração, e então o pronuncia para ser julgado pelo tribunal do júri e é nesse momento que se o réu for reincidente e tenha

maus antecedentes o juiz decreta a prisão, caso o crime seja inafiançável, e se for afiançável arbitra imediatamente o valor da fiança.

Prisão preventiva trata-se da privação de liberdade que é decretada pelo juiz competente quando estiverem presentes os requisitos legais (art. 312 do CPP), podendo ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo. Há ainda na doutrina referência prisão civil que é decretada compulsoriamente pelo juízo civil, para fins civis nos casos de devedor de alimentos e depositário infiel e prisão disciplinar restrita para as transgressões militares e crimes militares próprios. São as únicas permitidas pela Constituição Federal (1988).

1.1.2 Da prisão pena

A denominada prisão pena (*ad poenam*) é aquela decorrente de uma sentença condenatória proferida pela autoridade judicial e que deve ser imediatamente cumprida, com exceção de alguns casos em que após a sentença ser proferida mais o juiz não decreta a prisão imediata. Gonçalves, (2014. p. 12) diz com propriedade:

“O principal objetivo da prisão e coibir a possibilidade de que novos crimes sejam cometidos, além da aplicação de processos de ressocialização do preso para fazê-lo se reintegrar a sociedade, Assim a prisão pena é a aplicação da sanção penal de privação da liberdade proferida contra o autor de crime, a partir da sentença condenatória transitada em julgado”.

A sentença se constitui no processo final de decisão da autoridade judicial em relação ao delito cometido, com base nas regras penais existentes perfeitamente fundamentadas com base em todos os procedimentos anteriores realizados, para que o juiz possa formar sua convicção. Já o termo “Transitar em julgado” é o momento final do processo que não permite mais que uma sentença possa sofrer modificações fruto do processo de se recorrer de decisão anterior. A prisão-pena possui 02 (duas) formas: a de reclusão e detenção que consta do art. 33, *caput* do Código Penal (1941), ou de detenção que acomete pessoas que feriram a legislação, mais com menor poder ofensivo, conforme Tourinho Filho (2009).

1.1.3 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida de natureza cautelar, e processual que independe de ordem escrita do juiz competente, para restringir a liberdade de quem é surpreendido cometendo, ou logo após cometer um delito ou uma contravenção. Trata-se portanto, de uma medida excepcional em que não há um prévio exame da autoridade judiciária, como defende Masson (2015).

Moreira (2016, p. 233) observa que o flagrante delito é considerado para aquele que é surpreendido no momento da prática criminosa, seja no seu exato instante, seja numa das situações declinadas no Estatuto Processual. Prende-se para garantir a ordem e conforme os incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LVIII do art. 5º da CF (1988).

O dispositivo legal, também, obriga a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente. Essa previsão constitucional visa dar ao magistrado um controle completo sobre a lisura da prisão efetuada. Isso implica em fazer cessar uma situação irregular e responsabilizar os culpados, sua mão observância incorrerá nas sanções previstas no art. 4º, “c”, da Lei nº. 4.898/1965, que consiste em abuso de autoridade.

Essa comunicação não quer dizer que se exige a apresentação física do preso ao juiz competente, mas sim a apresentação imediata dos motivos dessa prisão. Tendo que ser feita após a lavratura do auto de prisão em flagrante, à prática de dilação desse prazo para 24 (vinte e quatro horas) é inconstitucional.

2. PRISÃO APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA

Antes da condenação do ex-presidente Lula, na denominada ‘Operação Lava Jato’ em 2017, na cidade de Curitiba, em julgamento do ex-Juiz, hoje Ministro da Justiça Sérgio Moro, a discussão sobre a possibilidade de cumprimento da pena logo após a negativa do Recurso em instância superior raramente era discutida no Brasil. Questionava-se a protelação do cumprimento da pena em função do excessivo número de instâncias superiores, mas o assunto da presunção de inocência contida no art. 5º. LVII da CF/1988 era assunto pacífico na doutrina e na jurisprudência. Tal

assunto só ganhou destaque no Brasil a partir de 2018, mais por pressão da mídia do que com base em textos legais.

Constitucionalistas apegados ao texto legal são taxativos quanto ao fato de que a prisão após o julgamento em segunda instância é um atentado aos direitos e garantias individuais. Outros, buscam na legislação infraconstitucional e até na constituição o aparato jurídico para defenderem essa ideia. Isso tudo se originou após o Tribunal de Justiça de São Paulo decidir, contrário a jurisprudência que era pacífica até 2017, e negar provimento a um recurso de defesa de um paciente apenado em primeira instância com confirmação na segunda instância que determinou o cumprimento imediato da pena. A defesa recorreu e o HC 126.292, que contestava a legitimidade de ato do TJ/SP.

No TJ de São Paulo, a maioria (9 votos) considerou legítima o cumprimento da pena após o julgamento em um tribunal superior, indo a sentido contrário do que dizia a jurisprudência. No julgamento do referido HC, no STF, 7 Ministros votaram a favor da decisão do TJ de São Paulo (Teori Zavascki – relator -, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luis Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes) todos argumentando que a sociedade clamava por essa mudança na jurisprudência. Mas esse argumento é muito frágil diante da argumentação jurídica. Quem deve ouvir a sociedade é o poder legislativo e mudar a lei. Ao poder judiciário cabe julgar os casos de acordo com as leis e não de acordo com as demandas sociais.

A Ministra Rosa Weber a divergência e foi seguido pelo garantista ministro Marco Aurélio e não usaram muitos argumentos para consolidar suas posições: eles usaram somente o art. 5º, LVII da CF/1988. Mudou-se a partir de então a jurisprudência. Marco Aurélio sempre disse que se tratava de uma página triste da lei porque o supremo passou a legislar.

Em 2018, um novo julgamento para julgar recurso do ex presidente Lula e o STF confirmou o entendimento anterior, mais uma vez sob argumentos profundamente frágeis. Agora, o STF permitiu uma antecipação do cumprimento da pena, bem antes do trânsito em julgado, justificando sua posição dizendo que tanto STJ e o STF não reanalisam os fatos, não adentrando ao mérito da demanda em si. Ou seja, os tribunais superiores não reexaminam provas; só se posicionam se direitos

constitucionais foram aviltados. O STF decidiu, então que após a condenação em segunda instância não há mais possibilidade de uma nova análise do mérito pelos Tribunais Superiores.

O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (1988) determina: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*". Assim, trata-se do Devido Processo Legal no Brasil cuja constituição determina de forma expressa que uma pessoa só pode ser culpada por um crime somente após o trânsito em julgado da sentença e não após o julgamento do recurso pela Segunda Instância.

Conforme o artigo 283 do Código de Processo Penal:

“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.”

Alguns juristas brasileiros de renome e que são garantistas e não midiáticos exprime expressamente sua contrariedade à mudança da jurisprudência, falam da diferença entre “ser considerado culpado” e “trânsito em julgado”. Considerado culpado se refere à culpa que um juiz ou um tribunal atribui a alguém; o trânsito em julgado é o esgotamento de todas as instâncias recursais.

CONCLUSÃO

O papel do judiciário é o de fazer cumprir a lei e não interpretar a lei ao seu bel prazer. No caso da prisão em segunda instância, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é uma visão distorcida do texto constitucional em tempos de ataques constantes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Pode dizer que a justiça não é célere. Pode-se dizer que a justiça é protelatória; pode-se dizer que a justiça não pune ricos; pode-se dizer tudo; o que não se pode é mudar uma legislação sem a participação do Congresso Nacional. Se hoje, se

considera que a sentença deve ser cumprida antes do trânsito em julgado, o correto é mudar a lei, pelos trâmites normais, com uma PEC no Congresso Nacional e não por decisão do STF como ocorreu e vem ocorrendo em outras decisões também.

No caso da prisão pós julgamento em segunda instância foi isso que ocorreu: O STF legislou e mudou a jurisprudência sem mudar o texto constitucional onde ainda continua inscrito que “*todos serão considerados inocentes ate o trânsito em julgado*” (art. 5º, LVII).

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1942. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 25 de set de 2019.
2. BRASIL. *Constituição Federal (1998)*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 25 de set de 2019.
3. BRASIL. *Lei nº. 4.898 de 09 de dezembro de 1965*. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 25 de set de 2019.
4. CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
5. GONÇALVES, D. C. R. *Prisão em Flagrante*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
6. LACERDA, M. *Do Devido Processo Legal*. 2ª ed. Porto Alegre: ArtMed, 2008.
7. MASSON, C. *Direito Penal*. 11ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Método, 2015.

8. MOREIRA, P. de A. M. de. *Direito Penal no Brasil*. 3ª. ed. São Paulo: Pioneira, 2016.

9. RIBEIRO, M. A. *Prisão cautelar de natureza processual*. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, nº. 156, p. 27, 2012.

10. SANCHES, R. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

11. TOURINHO FILHO, F. da C. *Da Prisão e da Liberdade Provisória*. São Paulo: 2009.