

CESED – CENTRO DE ENSINO SUPERIOR E DESENVOLVIMENTO
UNIFACISA – CENTRO UNIVERSITÁRIO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

DANIEL SOARES BASTOS

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O EFETIVO CUMPRIMENTO DA PENA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CAMPINA GRANDE – PB

2018

DANIEL SOARES BASTOS

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O EFETIVO CUMPRIMENTO DA PENA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso, Artigo Científico - apresentado como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela UniFacisa – Centro Universitário.

Área de Concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof.º da UniFacisa, Antônio Gonçalves Ribeiro Júnior, Esp.

Campina Grande - PB
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
(Biblioteca da UniFacisa)

XXXXXX

Bastos, Daniel Soares.

A presunção de inocência e o efetivo cumprimento da pena no ordenamento jurídico brasileiro / Daniel Soares Bastos. -- Campina Grande, 2018.

Originalmente apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito do autor (Bacharel – UniFacisa – Centro Universitário, 2018).

Referências.

1. Pena. 2. Cumprimento. 3. Presunção de Inocência. I. Título.

CDU-XXXXXXXXXXXX

Trabalho de Conclusão de Curso - Artigo Científico - A presunção de inocência e o efetivo cumprimento da pena no ordenamento jurídico brasileiro, apresentado por Daniel Soares Bastos como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela UniFacisa – Centro Universitário de Campina Grande-PB.

APROVADO EM: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º da UniFacisa, Antônio Gonçalves
Ribeiro Júnior, Esp.
Orientador

Membro

Membro

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O EFETIVO CUMPRIMENTO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Daniel Soares Bastos *

Antônio Gonçalves Ribeiro Júnior **

RESUMO

O importante princípio fundamental da Presunção de Inocência tem relevante papel no ordenamento jurídico penal brasileiro, assegurado pela Constituição Federal. Este artigo tem como objetivo geral discorrer sobre a interpretação da presunção de inocência para início do cumprimento da pena. Para isto, utiliza-se das transformações ocorridas no judiciário pela mudança de entendimento do STF no Habeas Corpus 126.292, que autorizou a prisão a partir da sentença em segunda instância, e de pesquisa bibliográfica histórica das divergências de entendimentos de juristas e doutrinadores. Através da pesquisa, foi constatado que a aplicação do princípio continua sendo preservada durante toda a fase ordinária, e que a mudança de entendimento do STF não afeta o princípio. Por fim, concluímos que a mudança de entendimento do STF foi razoável e benéfica à prestação jurisdicional, trazendo celeridade e um caráter punitivo estatal de fato, fortalecendo o trabalho do judiciário em suas instâncias ordinárias e trazendo uma credibilidade ao punir os crimes, gerando empatia da sociedade com a justiça de fato.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Cumprimento. Presunção de Inocência.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de não culpabilidade, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, só existia de forma implícita no ordenamento jurídico, como decorrência da cláusula do devido processo legal. Com o advento da

* Graduando do Curso de Direito da UniFacisa – Centro Universitário. e-mail: dan.soares@hotmail.com.

** Professor Orientador. Graduado em Direito, pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, Pós Graduado com Especialização em Processo Civil pela UNIPÊ, em 1994 e em Metodologia do Ensino Superior pela UNIFACISA em 2017 Docente do Curso Superior de Direito da UNIFACISA e Juiz de Direito titular do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campina Grande - PB. E-mail: agribeirojunior@yahoo.com.br

Constituição Federal, esse princípio passou a constar expressamente no rol de garantias constitucionais conforme transcrito abaixo:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004).
[...] LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988, p. 8).

Consiste no direito de não ser considerado culpado senão após o término do devido processo legal, em que o acusado tenha exaurido todos os meios de provas admitidas no Direito para sua defesa e não possa se valer de mais nenhum recurso, transitando em julgado a sentença.

E o problema enfrentado pela política criminal é o excesso de recursos que muitas vezes leva à impunidade, seja por prazos prescricionais não compatíveis com o andamento da justiça, por morosidade ou por procrastinação da defesa através de recursos meramente protelatórios, em que se tem a sensação de impunidade e descaso com a violência urbana crescente e acelerada.

A Procuradora Geral da República Raquel Dodge, em ofício enviado ao STF no dia 05 de março de 2018, deu parecer favorável à prisão de condenados em segunda instância, afirmando que: “A vedação à execução provisória da pena compromete a funcionalidade do sistema penal brasileiro ao torná-lo incapaz de punir a tempo, adequada e suficientemente o criminoso. Também traz outras consequências indesejadas: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, a morosidade da Justiça e a seletividade do sistema penal”. (RICHTER, 2018, p. 1).

Na Constituição Federal esse princípio, dentre outros, é garantido e consolidado no ordenamento. Porém, devemos destacar que nenhum direito é absoluto, podendo ser passível de limitação quando aplicado ao caso concreto. Na existência de conflito envolvendo princípios, o magistrado deverá fazer a aplicação ponderada e contextualizada ao caso e manter o equilíbrio em sua decisão.

O Juiz Federal Sérgio Moro, no Fórum da Liberdade em 10 de abril de 2018, na cidade de Porto Alegre, comentou sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

Na semana passada, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão muito importante. Não me refiro ao caso concreto do ex-presidente (Lula). Foi mais uma vez o apego ao princípio de que, e há toda uma discussão em torno disso, o princípio da presunção de inocência não pode ser interpretado como garantia da impunidade dos poderosos. (ARANTES, 2018, p. 1).

Segundo o seu entendimento, o princípio deve ser aplicado e respeitado até o esgotamento do julgamento das provas. Desse modo, após a condenação em segunda instância, o réu deve começar o cumprimento de pena, independentemente de novos recursos nos Tribunais Superiores.

Os Tribunais Superiores só fazem a reanálise do direito. Sendo cortes técnicas, vão analisar tão somente a aplicação das regras processuais e o direito de acordo ao caso, não fazendo análise de provas e nem fáticas. Portanto, é remota a possibilidade de uma mudança de decisão após condenação na segunda instância.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84.078 entendeu que não caberia prisão antes do trânsito em julgado. Em 17 de fevereiro de 2016, mudou novamente seu entendimento, permitindo a prisão de condenados em segunda instância e causando uma reviravolta gigante na aplicação do princípio da presunção de não culpabilidade.

Em seu voto, o relator do HC 126.292 / SP, ministro Teori Zavascki, entendeu que a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância não fere o princípio da presunção de não culpabilidade da Constituição Federal. Justificou seu entendimento elencando outros países nos quais a execução da pena não é impedida pelo julgamento de recurso à Corte Suprema, bem como aludindo que tal decisão não significaria uma ausência de prestação jurisdicional aos acusados, que ainda poderão recorrer ao habeas corpus.

Além disso, argumenta que o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal estaria motivando a interposição de recursos meramente protelatórios.

Através desta pesquisa, buscar-se-á demonstrar se a mitigação desse princípio em detrimento de uma prestação jurisdicional célere fere a Constituição, ao autorizar o cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância. Busca-se, ainda apresentar o efeito das mudanças de entendimento do STF em todo o ordenamento, demonstrar o posicionamento doutrinário e os aspectos práticos na política criminal.

Como se vê, são importantes indagações sobre o tema que o presente trabalho busca aprofundar e trazer discussões relevantes, principalmente por se tratar de um tema que tem forte clamor social e impacto direto no sistema carcerário.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE E AS DIVERGÊNCIAS DE ENTENDIMENTOS

O princípio constitucional da presunção de inocência, ponto crucial nessa pesquisa, vem esculpido na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, aqui reproduzido, *ipsis litteris*: “Art. 5º, [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988, p. 8).

Princípio este que chegou ao ordenamento jurídico quando o Brasil aderiu à Declaração Universal Dos Direitos dos Homens em 1948, e a Constituição Federal fez questão de dar força e relevância fundamental ao princípio, que limita a atuação do Estado em face da liberdade das pessoas.

Convém destacar que o cidadão não deve ser encarcerado em razão de acusação de infração penal e, logo, desprovido de sua liberdade de estar no meio social sem que, para tanto, haja a certeza da sua culpa, demonstrada ao longo do devido processo penal, e retratada em decisão judicial irrecorrível, ou seja, transitada em julgado.

Afinal o Direito Penal é a última opção, ou seja, quando nenhum outro ordenamento pode solucionar a demanda, resta à atuação do diploma Penal e com ele vem o arcabouço de princípios que o norteia, como o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, e a presunção de não culpabilidade, fundamentais para justa e coerente efetivação de uma sanção penal.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 74), essas garantias do direito penal atendem à função precípua de “condicionar ou vincular o exercício absoluto da potestade punitiva”. Portanto, ao contrário do que se poderia cogitar, esse conjunto principiológico normatizado se põe muito mais a uma deslegitimação do *jus puniendi* estatal do que propriamente à sua permissão ou legitimação.

Pontuo que a presunção de inocência adquire um status de direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, de processo e de tratamento, conferindo ao acusado um estado de inocência que o cerca de um amplo espectro de garantias processuais, sem que com isso criem-se óbices ao combate legítimo e efetivo da criminalidade (TÁVORA, 2013).

A importância dessa proteção fica mais clara quando deparamos com casos que envolvem um enorme clamor social, em que a sede por justiça e a influência midiática condena o acusado bem antes de sequer ser processado. Isso vem

rotineiramente acontecendo pela cultura de justiça com as próprias mãos e de que, para existir justiça, precisa ser imediata e rápida ou de que só existe uma punição válida, que é o cárcere.

Dessa forma, o judiciário não pode se deixar influenciar pela pressão social, nem agir por impulso ou de forma inconsequente em que possa colocar um inocente a cumprir um árduo cárcere por negligência da jurisdição. Não deve haver encarceramento sem um devido processo legal, a se pensar num sistema carcerário decadente e sem condições de promover a ressocialização.

O Supremo Tribunal Federal julgou, no dia 17 de fevereiro de 2016, o Habeas Corpus de nº 126.292, alterando, por sete votos a quatro, a jurisprudência até então mantida, afirmando que é possível a execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância (MIGALHAS, 2016).

Os Ministros que votaram a mudança justificaram seus votos aduzindo que aquele que for condenado em sentença de segundo grau já é considerado culpado, pois nas instâncias superiores somente cabe recurso especial e extraordinário, que não discutem matéria de fato, não permitem “reexame de prova”, e não têm efeito suspensivo.

Pois bem, quanto a isso, explica Lopes Jr (2016) que o caráter extraordinário destes recursos não modifica ou influencia no conceito de trânsito em julgado, que permanece sendo o marco necessário para o início do tratamento de culpado para com um indivíduo.

A prisão do réu a partir da condenação em segunda instância é prevista em quatro projetos de lei que tramitam no Senado. Um deles, o PLS 147/2018, do senador Cássio Cunha Lima (PSDB-PB), tem voto favorável do relator, senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES). O relator considera a proposta uma “solução legislativa” contra a impunidade e trabalha para incluir logo a matéria na pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) (RONDONIAEMQAP, 2018).

Ferraço afirmou que a proposta não afeta a garantia constitucional da presunção de inocência e que esta não é vinculada ao esgotamento de todas as instâncias; busca evitar a eternização dos processos, que quando se trata de réus com condições financeiras melhores, conseguem ter uma defesa maior e buscam eternizar os processos e muitas vezes escapam da punição pela ocorrência da prescrição (RONDONIAEMQAP, 2018).

Até hoje, exceto no breve período de 2009 a 2016, nosso Poder Judiciário sempre considerou compatível com o princípio da presunção de inocência o início do cumprimento da pena a partir do esgotamento das instâncias ordinárias. Dos 34 ministros que atuaram na Corte desde 1988, apenas nove se posicionaram contrariamente, argumentou Ferraço (RONDONIAEMQAP, 2018).

Para o autor do projeto, Cássio Cunha Lima, a interposição de recursos às instâncias extraordinárias não pode impedir o início do cumprimento da pena, pois comprometeria o “efeito pedagógico da reprimenda” (RONDONIAEMQAP, 2018).

Diante de todo o exposto, percebemos a grande celeuma em que gira o tema, pela discordância entre doutrinadores e juristas diante da mudança da jurisprudência do STF, o que traz uma temerosa insegurança jurídica.

Os que defendem a mitigação do princípio em prol do efetivo cumprimento da prestação jurisdicional ressaltam que seguem o contexto da maioria dos países do mundo. Ou seja, o devido processo legal foi seguido e todos os meios de provas admitidas no Direito foram fornecidos, não sendo necessário postergar essa efetivação por conta de recursos meramente protelatórios.

Já os que defendem a impossibilidade da execução antes do trânsito em julgado tratam o assunto como princípio constitucional incabível de mitigação ou interpretações casuísticas, e que julgadores não podem ser influenciados por pressões políticas ou populares. Faz-se, portanto, necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a morosidade jurisdicional e a justiça, trilhando um caminho sem atropelar direitos e garantias fundamentais.

3 A MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO STF E A CONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO

É preciso recordar o caminho. Em 10/11/2016, o STF, pelo Plenário Virtual, reconheceu a repercussão geral da questão relativa à legitimidade da execução provisória de sentença condenatória criminal fixando a seguinte tese do Tema 925: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição”. (LEAL, 2018, p. 1).

A tese repetiu a decisão tomada em 17/2/2016, no HC 126.292 (min. Teori Zavascki), e o STF voltou a adotar a decisão que seguiu desde a Constituição até 2009, admitindo a execução da pena após o término das instâncias Ordinárias.

Essa reviravolta no entendimento da Suprema Corte gerou um impacto imediato em todos os Tribunais do Brasil. Juízes passaram a aplicar a tese e, com isso, começaram vários questionamentos sobre a Constitucionalidade da decisão, já que o STF não gerou uma súmula vinculante para conferir efeito *erga omnes* e eficácia vinculante à posição (LEAL, 2018).

A Constituição Federal apresenta um rol de cláusulas pétreas, ou seja, cláusulas imutáveis, não podendo sofrer revogações e nem ser objeto de propostas de Emenda Constitucional. O artigo 60, parágrafo 4º, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, entre outros, os direitos e garantias individuais” no qual o art. 5º, LVII, que traz o princípio da presunção da inocência faz parte.

Atentando ao princípio fundamental e à responsabilidade do STF como guardião da Constituição, o relator Teori Zavascki declarou no HC 126.292 em seu voto, que:

[...] Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então [...] (ZAVASCKI, 2016, p. 6-7).

Teori também citou autoridades Constitucionalistas, como o Min. Gilmar Mendes, que a propósito escreveu:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos. (MELLO, 2015 apud STF, 2016, p. 1).

O ministro Luís Roberto Barroso, no mesmo julgamento do HC. 126.292, acompanhou o voto do relator e destacou:

A condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita. (STF, 2016, p. 1).

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecidas pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado (MORAES, 2010).

Nessa decisão histórica do STF, a maioria dos ministros entendeu que a presunção de inocência é um princípio fundamental, porém, ele não exige o esgotamento de todas as instâncias. Isto porque, após as decisões das instâncias ordinárias, a questão fática e de provas precluem, ou seja, não será mais analisada pelos Tribunais Superiores, que só vão analisar o mérito e a aplicação do direito ao caso, cabendo nesse momento o início do cumprimento da pena.

O ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento de Embargos de declaração do HC 126.292 do dia 02/09/2016, trouxe um número bastante significativo que demonstra a importância da mudança de posicionamento da Corte, e a não incidência de prejuízos aos réus, e o quanto se faz necessário para efetivação da prestação jurisdicional e para um efetivo dever repressivo e punitivo:

Reforçam essa constatação os números obtidos em pesquisa que determinei fosse realizada nos registros do Tribunal, relativamente ao período de 2009 até março de 2016 (período em que o Tribunal adotou a tese agora reconsiderada). Nesse período, de 22.610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favor da acusação. Apenas 0,48% favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas perfeitamente suscetíveis de dedução em habeas corpus, com muito mais eficácia e celeridade. (STF, 2016, p. 2).

Dessa maneira, fica evidente a importância de voltar ao posicionamento adotado durante anos no Brasil e em conformidade com a maioria dos países do mundo, para corresponder ao anseio da sociedade, valorizar as instâncias ordinárias e evitar a impunidade por ocorrência de prescrições com excessos de recursos protelatórios, dando uma crença maior à justiça.

Com respaldo na Constituição e sem desrespeitar o princípio, já que o réu durante todo o processo terá sua presunção de não culpabilidade preservada, e só quando esgotada toda fase probatória e fática, caso seja condenado, que passe a cumprir a pena, sem prejuízo ao seu direito de recorrer aos Tribunais Superiores, como também, se for o caso, utilizar o habeas corpus.

4 ESPÉCIES DE PRISÃO

No sentido que mais interessa ao direito processual penal, prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei (CF, art. 5, LXI) (LIMA, 2017).

4.1 PRISÃO PENAL OU PRISÃO PENA

É aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade. Também conhecida por ser a prisão do culpado, por só ocorrer depois da comprovação de culpa. Porém, com a recente mudança, o STF passou a admitir a execução da pena a partir do momento da sentença condenatória por Tribunal de segunda instância, não impedindo os recursos extraordinários posteriormente.

Conforme salienta o autor abaixo, tem-se que:

Enquanto a dogmática penal mais criativa não oferecer nenhum substituto válido para a pena privativa de liberdade, e enquanto a prisão, embora já considerada um 'mal necessário', não sofrer total esvaziamento, o regime penitenciário, com toda a sua problemática, não poderá ser descartado. (FRANCO, 1986 apud LIMA, 2017, p. 793).

Só pode ser aplicada após um devido processo legal no qual tenham sido respeitadas todas as garantias, além de expressar a satisfação da prestação punitiva, tem como marca principal o caráter definitivo, em regra. Ou seja, mesmo nos casos que ainda não houve o trânsito em julgado, já foi concluída toda fase probatória, sendo dificilmente mudado o caráter da sentença que determinou o cumprimento.

4.2 PRISÃO CAUTELAR.

É aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal (LIMA, 2017). É também conhecida como prisão processual, provisória, como também prisão do "inocente", justamente por ser uma exceção ao

princípio da presunção de inocência, que irá permitir a prisão antes de comprovar culpa para garantir a atuação jurisdicional em casos que tenham riscos à eficácia.

Sua aplicação é excepcional e precisa obedecer aos requisitos impostos na lei, jamais podendo ser usada como antecipação de pena ou por pressão popular sobre o caso em questão.

Atualmente, a doutrina majoritária fala em três modalidades: prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Com a reforma de 2008 (Lei n.11.689/08 e Lei n.11.719/08), foram extintas as prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, que também eram previstas como espécies de prisão cautelar (LIMA, 2017).

Essa prisão condenatória recorrível não é semelhante à prisão após condenação em segunda instância adotada pelo STF. Até 2008, o réu que fosse condenado, para ter direito à apelação, deveria estar preso, exceto nos crimes afiançáveis. Diferentemente da atual conjuntura, que não exige o encarceramento para apelar, mas sim, o fim de toda a tramitação na instância ordinária, para que comece a cumprir a pena aplicada, caso seja condenado.

4.2.1 Prisão em flagrante

O que configura a prisão em flagrante, como o próprio nome diz, é o momento em que o autor do delito é flagrado praticando-o ou acabado de praticá-lo, razão pela qual será preso e levado até a autoridade policial.

É um tipo de prisão cautelar, e está autorizada pelo artigo 5º, inciso LXI da CF, e vem disciplinada no Código de Processo Penal nos arts. 301 a 310. Existem várias modalidades de flagrantes e a legislação traz todo um procedimento a ser seguido. Caso contrário, poderá ser considerado ilegal.

É uma modalidade de prisão que tem um brevíssimo tempo, porque de acordo com o artigo 306, §1º do CPP, será comunicado imediatamente ao juiz, ao ministério público e à família do preso o local onde se encontra, e o delegado em 24 horas encaminhará o auto de prisão ao juiz. Este então, decidirá se concede a liberdade ou converte a prisão em preventiva. Caso preencha os requisitos, essa decisão a respeito da manutenção da prisão será feita em audiência de custódia, conforme a Resolução 213/2015 do CNJ.

Neste sentido, Capez (2006, p. 175), sintetiza bem o conceito de prisão em flagrante como sendo “medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independentemente de ordem escrita do Juiz competente, de quem é surpreendido cometendo ou logo após cometer um crime ou uma contravenção”. Trata-se de mecanismo de autodefesa da sociedade, ao permitir qualquer pessoa de privar, temporariamente, aquele que está praticando ou praticou infração penal, da sua liberdade de locomoção, sendo desnecessário mandado de prisão (NAGIMA, 2018).

A doutrina apresenta nove tipos de flagrantes, que são: facultativo, obrigatório, próprio, impróprio, presumido, preparado, forjado, esperado e o prorrogado.

a) **facultativo**: está ligado ao sujeito ativo da prisão, ou seja, a possibilidade de qualquer cidadão prender alguém que se encontre cometendo o delito. É uma espécie de exercício regular do direito trazida pelo art.301 do Código de Processo Penal (NAGIMA, 2018);

Sobre o assunto, tem-se que:

Extraí-se do art. 301 do CPP que qualquer do povo poderá prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Percebe-se, pois, que o particular (inclusive a própria vítima) tem a faculdade de prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Para o particular, portanto, a prisão em flagrante configura exercício regular de direito. (LIMA, 2011, p. 1276).

b) **obrigatório**: também ligado ao sujeito ativo que efetua a prisão, porém, como o próprio nome já diz, o sujeito ativo estará em situação de obrigatoriedade de efetuar o flagrante. São os casos dos agentes públicos ligados às forças policiais que tem o dever a cumprir (NAGIMA, 2018);

Os autores abaixo dissertam que essa situação de flagrante:

Alcança a atuação das forças de segurança, englobando as polícias civil, militar, rodoviária, ferroviária e o corpo de bombeiros militar (art. 144 da CF). Estas têm o dever de efetuar a prisão em flagrante sempre que a hipótese se apresente (art. 301, *in fine*, CPP). Entendemos que esta obrigatoriedade perdura enquanto os integrantes estiverem em serviço. Durante as férias, licenças e folgas, os policiais atuam como qualquer cidadão, e a obrigatoriedade cede espaço à mera faculdade. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 463).

c) **próprio**: o flagrante próprio, perfeito ou real é quando o infrator é preso no exato momento da infração ou acabado de cometê-la existindo uma situação de imediatismo, não tendo intervalo temporal. Está disciplinado no art.302, incisos I e II do CPP (NAGIMA, 2018);

Assim, o flagrante próprio:

Caracteriza-se quando o agente está cometendo a infração penal ou acabou de cometê-la. [...] Observe-se que, [...] a expressão 'acaba de cometê-la' deve ser interpretada de forma totalmente restritiva, contemplando a hipótese do indivíduo que, imediatamente após a consumação da infração, vale dizer, sem o decurso de qualquer intervalo temporal, é surpreendido no cenário da prática delituosa. (AVENA, 2009, p. 779).

- d) **impróprio**: também chamado de imperfeito, quase-flagrante ou irreal. É a situação descrita no inciso III, do artigo 302 do Código de Processo Penal. Ocorre quando “o agente é perseguido pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer outra pessoa logo após a prática do fato delituoso, em situação que faça presumir ser autor da infração”. (BONFIM, 2009, p. 406). O importante, nesta espécie, é definir a expressão “logo após”. A doutrina majoritária, aqui delineada novamente pelo pensamento de Lima (2011, p. 1278-1279), posiciona nesta linha: “Por logo após compreende-se o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial, seu comparecimento ao local e a colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor”. Sendo assim, o agente que praticar o delito e for perseguido logo após, sendo encontrado em situação que faça presumir a sua autoria, será possível a sua prisão (NAGIMA, 2018);
- e) **presumido**: também conhecido como presumido, assimilado ou ficto, é quando o agente logo depois da prática do delito é encontrado com instrumentos que tenham ligação com o delito, fazendo presumir sua autoria. Távora e Araújo (2010, p. 379), ao comentar o inciso IV do artigo 302 do Código de Processo Penal, ensinam que “Neste caso, não é necessário que haja perseguição. O lapso temporal entre a infração penal e a efetivação da prisão pode ser ainda mais elástico do que o flagrante impróprio”. Destarte, embora posicionamentos diversos (LIMA, 2011, p. 1281), a doutrina majoritária tem entendido que a expressão logo após e logo depois não são sinônimas (TOURINHO FILHO, 2007, p. 456), atribuindo um lapso de tempo maior para o caso de “logo depois”, a ser verificada no caso concreto (NAGIMA, 2018);
- f) **preparado**: também denominado como provocado, crime de ensaio, delito putativo por obra do agente ou delito de experiência. Ocorre quando o agente é instigado a praticar o delito, caracterizando verdadeiro crime impossível (NAGIMA, 2018). Corroborando com essa definição, Avena (2009, p. 788), afirma que o flagrante preparado “é aquele pelo qual o agente é instigado a praticar o crime, não sabendo, porém, que está sob a vigilância atenta da autoridade ou de

terceiros, que só aguardam o início dos atos de execução para realizar o flagrante”. O autor a seguir disserta que:

O flagrante provocado também é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador. Bitencourt explica que isso não passa de uma cilada, uma encenação teatral, em que o agente é induzido à prática de um delito por um agente provocador, normalmente um policial ou alguém a seu serviço. (LOPES JR, 2012, p. 807-808).

- g) **forjado**: também conhecido como maquiado, fabricado, urdido ou armado. Consiste em uma situação falsa de flagrante criada para incriminar alguém (NAGIMA, 2018);

O flagrante forjado é:

Aquele armado, fabricado, realizado para incriminar pessoa inocente. É a lúdica expressão do arbítrio, onde a situação de flagrância é maquinada para ocasionar a prisão daquele que não tem conhecimento do ardil. [...] É uma modalidade ilícita do flagrante, onde o único infrator é o agente forjador, que pratica o crime de denúncia caluniosa (art. 339 CP), e sendo agente público, também abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65). (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 467).

- h) **esperado**: há flagrante esperado quando terceiros (policiais ou particulares) dirigem-se ao local onde irá ocorrer o crime e aguardam a sua execução. Neste caso, não há a figura de um agente provocador, ou seja, não há indução para a prática do crime. É o caso de campanhas realizadas pelos policiais que, após informações sobre o crime, aguardam o início da sua execução no local, com a finalidade de prender o criminoso em flagrante. Por sua vez, Oliveira (2012, p. 531), entende que, em regra, não há uma real diferença entre o flagrante preparado e o esperado, por se tratar, em ambos os casos, de crime impossível, dando o seguinte exemplo: “duzentos policiais postados para impedir um crime provocado por terceiro (o agente provocador) têm a mesma eficácia ou eficiência que outros duzentos policiais igualmente postados para impedir a prática de um crime esperado”. Nessa hipótese, conclui: “de duas, uma: ou se aceita ambas as hipóteses como de flagrante válido, como nos parece mais acertado, ou as duas devem ser igualmente recusadas, por coerência na respectiva fundamentação”. Oliveira (2012, p. 531). Acompanha parcialmente esse entendimento Greco (2010 apud LIMA, 2011, p. 1283), aduzindo que o flagrante esperado pode se tornar crime impossível, no caso de esquema infalível de proteção ao bem jurídico tutelado, de tal forma que o crime jamais possa se consumar. E a jurisprudência tem entendido como hipótese de flagrante válido, o esperado (NAGIMA, 2018);

i) **prorrogado**: também chamado de retardado, diferido, protelado ou por ação controlada quando, mediante autorização judicial, o agente policial retarda o momento da sua intervenção, para um momento futuro, mais eficaz e oportuno para o colhimento das provas ou por conveniência da investigação. Consiste, pois, "no retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas". (LIMA, 2011, p. 1286). Possui previsão legal no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.034/1995 (organizações criminosas), artigo 53, inciso II, da Lei nº 11.343/06 (drogas) e artigo 4ºB, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais). Esse tipo de flagrante tem por objetivo o combate aos grandes criminosos, com a possibilidade de infiltração de agentes policiais em organizações criminosas (NAGIMA, 2018).

4.2.2 Prisão preventiva

Espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art.313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art.312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art.319) (LIMA, 2017).

É importante lembrar que o juiz poderá decretar a prisão de ofício durante o curso da ação penal, caso considere a privação da liberdade do acusado importante para a preservação de provas. Essa espécie de cautelar é bastante importante para o direito, caso contrário, o judiciário estaria de mãos atadas em casos de desrespeito à ordem direta e ao exercício jurisdicional eficaz até uma condenação.

Diferentemente da prisão temporária, a preventiva pode ser decretada tanto na fase investigatória quanto na fase processual, e não tem prazo predeterminado, permanecerá enquanto os motivos que deram ensejo à decretação estiverem presentes (art.312, CPP).

Os motivos trazidos pelo art.312 do CPP são: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e adequada aplicação da lei penal, como também, o descumprimento de outras medidas cautelares diversas da prisão (art.319, CPP). E a alteração no CPP pela Lei n.12403/11 deixa clara a

preferência pelas cautelares diversas da prisão, sempre privilegiando os meios menos gravosos e restritivos de direitos fundamentais, e colocando a prisão como *extrema ratio* (LIMA, 2017).

A ordem pública está ligada ao estado de paz e tranquilidade da sociedade, ou seja, quando o agente infrator colocar esse equilíbrio social em risco, deverá ser segregado do meio social. Já a ordem econômica está diretamente ligada aos crimes de “colarinho branco”. São crimes que afetam a finança nacional e, na maioria dos casos, crimes difíceis de combater e condenar, haja vista o poder econômico dos seus agentes e o alto investimento na defesa técnica. A conveniência da instrução pode ser afetada com ameaças de testemunhas, destruição de provas e o risco de fuga, ensejaria a ineficácia da lei penal.

O art.313 do CPP traz as hipóteses que autorizam a prisão preventiva: I) crimes dolosos com pena maior que quatro anos; II) condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado; III) violência doméstica contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência; IV) para garantir a execução das protetivas de urgência. O parágrafo único, por sua vez, diz que será admitida quando houver dúvida sobre a identidade do acusado, devendo ser posto em liberdade após sua identificação (LIMA, 2017).

A prisão preventiva também poderá ser decretada se houver descumprimento injustificado de quaisquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (CPP, art. 312, parágrafo único, c/c. o art. 282, § 4º) (FÁVARO, 2018).

No art.313 do CPP, em seu inciso I, o legislador fez questão de se preocupar com os crimes mais graves, com maior relevância. No II deixou claro que só é permitida para reincidência dolosa, transitada em julgado. Sendo assim, os réus primários não estão sujeitos a essa hipótese. No III ele demonstra o crime de covardia, que também está no rol permissivo da prisão preventiva. São os casos que atingem preceitos morais, contra vítimas indefesas e cometidos no âmbito familiar (FÁVARO, 2018).

4.2.3 Prisão Temporária

Quando do advento da Constituição Federal em 1988, houve comemoração pela extinção da mal afamada prisão por averiguação. Decerto que abusos

aconteceram por meio da prisão por averiguação. Porém, o melhor teria sido o aperfeiçoamento e não sua abrupta extinção (DANTAS, 2018).

Um ano depois, em 1989, percebeu-se que ao se enfraquecer o trabalho policial, abriu-se espaço para o fortalecimento da criminalidade. Surgiu uma nova forma de prisão com vistas a auxiliar as atividades investigativas. Trata-se da prisão temporária, trazida por meio da Lei 7960/89 (DANTAS, 2018).

É uma espécie de prisão voltada às instruções policiais o art.1, inciso I da Lei 7960/89, traz essa ideia. Só o juiz pode decretar, geralmente por solicitação do delegado que preside o inquérito, mas os membros do Ministério Público também têm legitimidade para solicitar (art.2º Lei 7960/89) (BRASIL, 1989).

Diferente da preventiva, a prisão temporária tem prazo predeterminado de 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema necessidade e comprovação. Em casos de crimes hediondos, da Lei 8072/90, o prazo será de 30 dias prorrogáveis por mais 30. Esgotado esse prazo, o preso deverá ser posto em liberdade imediatamente, exceto se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Os requisitos exigidos para decretação da prisão no art.1º da Lei são: I – quando imprescindível para investigações do inquérito policial; II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado no rol de crimes previstos.

A solução encontrada pela doutrina e pela jurisprudência adota duas combinações possíveis para autorizar a prisão temporária. Nessa linha, devem ser combinados os incisos I e III ou os incisos II e III (DANTAS, 2018).

Os incisos I e II mencionam as situações em que a liberdade do indiciado traz um risco às investigações. Por isso, recebem a denominação latina de *periculum libertatis* (DANTAS, 2018).

No primeiro, deve ficar demonstrado que o investigado solto coloca em risco a investigação e o meio social, podendo ameaçar testemunhas, destruir provas ou até mesmo fazer parte de grupo criminoso. Já no segundo, a falta de moradia fixa faz o risco de fuga ser maior, e a não identificação gera um perigo de punir um homônimo, risco que não pode existir em uma investigação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propõe a uma análise acerca da aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, que garante que ninguém será considerado culpado até sentença penal transitada em julgado.

Após a mudança de entendimento do STF no HC 126.292 em 2016, o tema voltou a ser bastante discutido e questionado por envolver diretamente um princípio fundamental e que versa sobre a liberdade, um dos bens jurídicos mais importantes do cidadão.

Acerca da constitucionalidade da decisão, os ministros que decidiram a favor ressaltaram a importância da presunção de não culpabilidade e defenderam que tal decisão não afeta o princípio. Alegaram, então, que a presunção é mantida durante toda a fase probatória e fática, e que quando condenado na fase ordinária, ocorre uma inversão da comprovação de inocência para o acusado, o que exige o início do cumprimento da pena, mas não obsta o direito a recursos extraordinários.

Durante a atuação do STF na história, somente de 2009 a 2016 exigiu-se o trânsito em julgado para iniciar o cumprimento da pena. Destaca-se, ainda, que durante esse período foi irrisório o número de casos reformados nos Tribunais Superiores. Importante frisar que esse novo entendimento é majoritário entre os países democráticos do mundo.

Foi uma relevante conquista para a política criminal, sobretudo para combater os crimes de colarinho branco, que são cometidos por pessoas com poder econômico e social, e que historicamente gozam de alto índice de impunidade.

Permitindo a prisão após a sentença de segunda instância evita-se o excesso de recursos em busca de prescrição e promove igualdade no *jus puniendi* do Estado, diminuindo a seletividade do Direito Penal, pois passa a punir da mesma forma os poderosos que se fazem valer das brechas do sistema.

A falta de estrutura no sistema carcerário do país não pode ser argumento para impunidade. O cárcere não é a solução e nem a única forma de punir, todavia, nos casos que caibam tal punição, o judiciário não pode deixar de fazer cumprir por falta de aparato Estatal. Também não deve deixar que o excesso de garantismo leve à impunidade, colocando em risco toda a população e acabando por estimular a prática delitiva, por entenderem compensar.

O garantismo negativo não deve ser absoluto. A proteção constitucional deve ser ampla e abrangente, mas não pode chegar ao ponto de impedir a punição estatal por excesso de direitos. A prestação jurisdicional deve acompanhar a necessidade social e agir com legalidade, razoabilidade e coerência, de modo que fortaleça a importância de todas as instâncias e que sua atuação traga, de fato, o sentido de justiça que se espera do Estado.

ABSTRACT

The important fundamental principle of the Presumption of Innocence has a relevant role in the Brazilian criminal legal system, guaranteed by the Federal Constitution. This article has as general objective to expatiate on the interpretation of the presumption of innocence to begin the fulfilment of the sentence. For this, it uses the changes that occurred in the judiciary by the change of understanding of the STF in Habeas Corpus 126.292, which authorized the arrest from the sentence in second instance, and historical bibliographical research of divergent understandings of jurists and scholars. Through the research, it was found that the application of the principle continues to be preserved throughout the whole ordinary phase, and that the change of understanding of the STF does not affect the principle. Finally, we conclude that the change in the STF's understanding was reasonable and beneficial to the jurisdictional provision, bringing speed and punitive state character in fact, strengthening the work of the judiciary in its ordinary instances and bringing a credibility in punishing crimes, generating empathy for society with *de facto* justice.

KEYWORDS: Sentence. Fulfilment. Presumption of Innocence.

REFERÊNCIAS

ARANTES, R. C. Sérgio Moro elogia STF e faz balanço da Operação Lava-Jato em Porto Alegre. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://leouve.com.br/sergio-moro-elogia-stf-e-faz-balanco-da-operacao-lava-jato-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 17 out. 2018.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989: dispõe sobre a prisão temporária. Brasília: Planalto, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

CAPEZ, F. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANTAS, R. Prisão temporária: como funciona e quando pode ser decretada. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/prisao-temporaria-como-funciona-e-quando-pode-ser-decretada>>. Acesso em: 27 out. 2018.

FÁVARO, L. G. Prisão preventiva. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67346/prisao-preventiva>>. Acesso em: 27 out. 2018.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEAL, S. T. Conversa constitucional. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/conversaconstitucional/113,mi277547,91041-prisao+em+segunda+instancia+a+hora+do+stf>>. Acesso em: 19 out. 2018.

LIMA, R. B. **Código de processo penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIGALHAS. **Julgamento histórico**: STF muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância. [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI234107,51045-julgamento+historico+stf+muda+jurisprudencia+e+permite+prisao+a>>. Acesso em: 17 out. 2018.

MORAES, A. D. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

NAGIMA, I. M. Das espécies de prisão em flagrante. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_26400824_das_especies_de_prisao_em_flagrante.aspx>. Acesso em: 26 out. 2018.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RICHTER, A. Raquel Dodge é favorável à prisão de condenado em segunda instância. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/raquel-dodge-e-favoravel-prisao-de-condenado-em-segunda-instancia>>. Acesso em: 11 out. 2018.

RONDONIAEMQAP. Projetos sobre prisão em segunda instância avançam no Senado. [S.l.: s.n.], 2018. Disponível em: <<https://rondoniaemqap.com/2018/04/27/projetos-sobre-prisao-em-segunda-instancia-avancam-no-senado/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 10 out. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Processo penal**. 29. ed São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.