

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

SÉRGIO VITOR NOGUEIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA,
APÓS DECISÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO DE 2ª INSTÂNCIA SEM O
TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

**Três Pontas
2019**

SÉRGIO VITOR NOGUEIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, APÓS
DECISÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO DE 2ª INSTÂNCIA SEM O TRÂNSITO EM
JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob
orientação do Prof. Dr. Evandro Marcelo dos Santos.

**Três Pontas
2019**

SÉRGIO VITOR NOGUEIRA

**TÍTULO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA, APÓS DECISÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO DE 2ª INSTÂNCIA SEM O
TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob
orientação do Prof. Dr. Evandro Marcelo dos Santos.

Aprovado em / /

Orientador: Prof. Dr. Evandro Marcelo dos Santos

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuíram para a minha formação, na pessoa de meu orientador, a quem estendo meus cumprimentos aos demais que de certa forma contribuíram para tanto..

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha irmã e aos professores por terem ajudado na construção deste trabalho.

“Não aceitar nada como verdadeiro sem saber evidentemente que o é.”

Descartes

RESUMO

Este trabalho demonstra a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, após decisão de órgão de segunda instância. Tal abordagem se justifica e se faz necessária, tendo em vista a inconstitucionalidade da decisão tomada pelo Supremo ao permitir a referida prisão. O propósito deste trabalho é demonstrar a violação à cláusula pétrea prevista no rol dos direitos e garantias individuais. Esta tarefa será alcançada mediante pesquisas diretas nas decisões do STF, bem como análise constitucional e legal do tema, com discussões de cunho jurídico e pertinentes. O estudo demonstrou que ao analisar o tema o STF simplesmente se pautou por questões de cunho social atendendo ao clamor social deixando de lado a base legal que deve ser seguida. Tudo isso com a justificativa de punir os acusados dos crimes do ‘colarinho branco’, esquecendo que o direito à defesa é para todos, inclusive que o caso concreto analisado era de um cidadão que jamais foi da elite. Devendo para corrigir tamanho equívoco o Supremo retomar o entendimento acerca da inconstitucionalidade do tema, além de considerar o rol taxativo de prisão previsto no artigo 283 do Código de Processo Penal, o declarando constitucional e permitindo somente aquelas prisões. Compreender, ainda, que o trânsito em julgado se dá somente após a impossibilidades de recursos ou diante da manifesta vontade ou omissão daquele que o pode propor.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Princípios. Execução provisória da pena. Presunção de inocência.

ABSTRACT

This work demonstrates the unconstitutionality of the provisional execution of the sentence, after the decision of the court of second instance. Such an approach is justified and necessary, in view of the unconstitutionality of the decision taken by the Supreme Court to allow such arrest. The purpose of this paper is to demonstrate the violation of the stone clause provided for in the list of individual rights and guarantees. This task will be achieved through direct research on the decisions of the Supreme Court, as well as constitutional and legal analysis of the theme, with discussions of legal nature and relevant to the theme. The study showed that when analyzing the theme the STF was simply guided by social issues answering the social outcry leaving aside the legal basis that should be followed. All of this with the justification of punishing those accused of white collar crimes, forgetting that the right to defense is for everyone, including that the concrete case analyzed was that of a citizen who was never of the elite. In order to correct such misconception, the Supreme should resume understanding about the unconstitutionality of the subject, in addition to considering the exhaustive list of arrest provided for in Article 283 of the Criminal Procedure Code, declaring it constitutional and allowing only those prisons. Understand, also, that the res judicata happens only after the impossibility of appeals or before the manifest will or omission of the one who can propose it.

Keywords: Unconstitutionality. Principles. Provisional execution of the sentence. Presumption of innocence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DO CIDADÃO	13
2.1 O direito fundamental à liberdade.....	13
2.2 O julgamento justo como pressuposto do direito à liberdade	15
2.3 O princípio do juiz natural como fator constitucional de validade processual	19
2.4 O processo penal como garantidor da presunção da inocência.....	20
3 A FINALIDADE DA PENA.....	25
3.1 O que é pena?.....	25
3.2 Aspectos de retribuição penal.....	26
3.3 Aspectos de prevenção penal	27
3.4 Aspectos de ressocialização penal	28
4 A PRISÃO PENAL.....	30
4.1 A história da prisão	30
4.2 A definição de prisão	31
4.3 O modelo atual de prisão	32
4.4 Estatísticas carcerárias.....	34
4.5 A prisão penal antecipada vista como aplicação do direito penal do inimigo.....	36
5 O GARANTISMO CONSTITUCIONAL	38
5.1 A constituição cidadã adotada como modelo pós-Ditadura.....	38
5.2 A adoção do pacto San José da Costa Rica	39
5.3 A presunção de inocência como fator de estabilidade social	42
5.4 A presunção de inocência como cláusula pétrea da Constituição Federal.....	42
5.5 O papel judiciário na contenção de ações.....	44
6 A PRISÃO PENAL APÓS CONDENAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO DE 2º INSTÂNCIA.....	45

6.1 O Art.238 do CPP	45
6.2 Entendimento recentes do STF acerca da temática	46
6.3 As ADC's 43 e 44	47
6.4 Aspectos midiáticos sobre a prisão automática de personalidade após condenação por órgão colegiado	50
6.5 A leitura a ser feita à partir da Constituição Federal de 1988	52
7 CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, após decisão por órgão colegiado de segunda instância sem o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

Tal abordagem parte da necessidade de garantias para a constituição plena de uma sociedade democrática com regras e preceitos tidos como fundamentais.

Os direitos fundamentais do indivíduo estão diretamente ligadas a um dos direitos que constitui a base para a democracia, qual seja, o direito à liberdade.

O direito a liberdade deve ser garantido de forma plena, salvo nas exceções previstas em Lei, como é o caso das prisões.

Assim, deve ser garantida a presunção de inocência, e para um julgamento justo, o princípio do Juiz natural, dentre outras garantias, todas previstas na Constituição Federal.

A partir de um julgamento justo surge a pena, que tem vários aspectos, dentre eles a prevenção penal, o caráter retributivo e a ressocialização, todos de grande importância no cumprimento da pena, principalmente para reinserir o cidadão ao meio.

Atualmente, a prisão é vista de uma forma completamente diferente do que era antes. A prisão tinha simplesmente o caráter punitivo em sua essência, muitas das vezes, apenas para atender o anseio do líder ou do mais forte, em uma sociedade organizada, ou não.

No Brasil, as estatísticas carcerárias são alarmantes atingindo um número enorme, enquanto o número de vagas é mínimo diante do que deveria ser atendido.

Além de não atender ao número de vagas, existem algumas decisões que simplesmente são tomadas sem prévio conhecimento ou puramente de forma ignorante, fechando-se os olhos para a superlotação nos presídios atualmente.

Neste sentido surge a prisão penal antecipada, utilizada como se fosse o direito penal do inimigo, não se respeitando princípios e voltando a visão que prevalecia que era de simplesmente punir e esquecer-se do cidadão que está em cumprimento de pena. Passando a punir, sem perceber, na ânsia de justiça, sua pessoa e não sua conduta.

Para evitar que isso aconteça, bem como para garantia da democracia plena, surge a Constituição Federal de 1988, que visa proteger o cidadão.

A Carta Magna de 1988 tem como fundamento e garantias principais o direito à vida e o direito à liberdade, justamente pelo momento em que fora promulgada. Momento delicado, pós-ditadura, e com visões baseadas em Tratados internacionais como Pacto de San José da Costa Rica foram inseridos alguns dispositivos chamados de cláusulas pétreas.

Essas cláusulas pétreas tratam de direito individuais em que somente podem ser acrescidos direitos, jamais retirados, ou seja, para extinguir esses direitos, somente com uma nova Constituinte.

À luz da Constituição Federal surgem alguns dispositivos que visam limitar as possibilidades de prisão, bem como a garantia da liberdade do indivíduo, mesmo que este responda à algum processo.

Porém, surgiram algumas interpretações da Suprema Corte do país, buscando somente atender a vontade popular e se esquecendo de seu papel Constitucional que trata da guarda da Constituição, permitindo que o Estado execute a pena de forma provisória, após decisão de segunda instância, ainda que pendentes de recursos a instâncias superiores.

Decidindo desta forma o Supremo trouxe tamanha insegurança jurídica, além de estremecer a base constitucional, deixando uma interrogação no ar, no sentido de até quando e até onde vai o poder do Supremo, inclusive decidindo de forma divergente ao texto constitucional.

De forma assustadora o Supremo deixou seu papel constitucional e assumiu a posição de Corte política e simplesmente atendeu ao clamor social e ao apelo midiático.

A finalidade do presente estudo é justamente mostrar os prejuízos causados pela mudança de posicionamento da Suprema Corte sem que tenha ocorrido qualquer fato superveniente.

Está tarefa será baseada nos julgamentos realizados pela Suprema Corte, bem como os desembaraços a partir da decisão, com discussões nos meio jurídicos e sobre o cedimento a pressões externas do judiciário, com base em doutrinas e estudos históricos, bem como demonstrar possíveis problemas quanto a flexibilização do direito constitucional

à presunção de inocência, trazendo para tanto a leitura correta a ser realizada à partir da cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LIBERDADE DO CIDADÃO

2.1 O direito fundamental à liberdade

A liberdade, um dos alicerces da democracia, bem como princípio fundamental da existência humana, trata-se de algo exordial para a convivência plena do indivíduo e correlatado com a existência da sociedade. Pode-se constatar que o respeito mútuo é o melhor para vivência em sociedade, pode-se afirmar que coexiste tal pensamento com a democracia, firmando-se como base para existência da mesma a liberdade de expressão.

Historicamente, o direito de ir e vir é mitigado em sua essência, mas sendo sempre quando ampliado, ou simplesmente garantido, torna-se um marco para revoluções e crescimento para a relação em sociedade.

Na França, nos séculos XVII e XVIII, conforme notícias do STF: “Sob o mote “liberté, égalité, fraternité”! (liberdade, igualdade, fraternidade!), populares tomaram, em 14 de julho de 1789, um dos símbolos do totalitarismo francês de então, localizado na capital, Paris: a Bastilha, prisão onde eram encarcerados adversários do regime.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Histórico, 2009), viu-se uma sociedade repleta de ideologias que visavam a liberdade, igualdade e fraternidade, espalhando esse sentimento por todo o mundo, com influência inclusive no Brasil, grande exemplo é a inconfidência mineira que vislumbrava e sonhava com uma terra livre e que esta não fosse mais colônia de Portugal, com governo próprio, sempre pensando pela liberdade não pura e simplesmente individual, ainda, neste momento histórico sem qualquer posicionamento acerca da escravidão, conforme é discutido no texto “Inconfidência Mineira” do site “Só História” sobre esse momento importante para a história brasileira:

O grupo, liderado pelo alferes Joaquim José da Silva Xavier, conhecido por Tiradentes, era formado pelos poetas Tomas Antonio Gonzaga e Cláudio Manuel da Costa, o dono de mina Inácio de Alvarenga, o padre Rolim, entre outros representantes da elite mineira. A ideia do grupo era conquistar a liberdade definitiva e implantar o sistema de governo republicano em nosso país. Sobre a questão da escravidão, o grupo não possuía uma posição definida. Estes inconfidentes chegaram a definir até mesmo uma nova bandeira para o Brasil. Ela seria composta por um triângulo vermelho num fundo branco, com a inscrição em latim: Libertas Quae Sera Tamen (Liberdade ainda que Tardia). (DOMINGUES, 2015, p. 01).

Após esse movimento histórico no Brasil, em 1888, a Princesa Isabel assinou a tão famosa Lei Áurea, que trata do fim da escravidão no país, que antes vinha sendo somente mitigado, neste sentido diz a reportagem do Supremo Tribunal Federal intitulada

“Igualdade perante a lei, sem preconceitos de raça, gênero, crença, origem e opção sexual”:
“Em contrapartida, a Lei Áurea, que proclamou a abolição da escravidão no Brasil (em 1888), veio quase cem anos depois da Revolução Francesa [...]” (Brasil, Inconfidência Mineira, 2009).

Mas esses não são os únicos marcos em relação a liberdade, no Brasil, antes mesmo da chegada dos portugueses, já existia vida e principalmente liberdade. Os povos indígenas que aqui viviam se organizavam em tribos, sempre com uma liderança, visando a garantia do ar puro da liberdade e da vivência simples, claro que com algumas dificuldades, mas sempre livres e sobrevivendo a sua maneira, ainda sem saber, mas já constituíam sociedade, conforme o texto, acima referenciado, “Inconfidência Mineira” do site “Só História” sobre esse momento importante para a história brasileira:

As tribos indígenas possuíam uma relação baseada em regras sociais, políticas e religiosas. O contato entre as tribos acontecia em momentos de guerras, casamentos, cerimônias de enterro e também no momento de estabelecer alianças contra um inimigo comum (Brasil, Inconfidência Mineira, 2009, p. 01).

A vida em sociedade é algo complexo em sua plenitude, existem milhões de costumes, crenças, jeitos de ser e de pensar, diante disso surge um quebra-cabeça sem qualquer planejamento ou precedente, se assim pode-se dizer, no qual simplesmente deve se encaixar e ter suas arestas adaptadas para atender a sua totalidade, porém, quando não, sua maioria.

No Brasil, recentemente teve-se uma República tolhida por uma ditadura, com a promulgação de atos institucionais que cada vez mais reprimia a sociedade e visava a consolidação de militares no poder. A ditadura é tratada como um poder absoluto e isso é algo inadmissível em uma democracia, pois a democracia deve ter uma relação de respeito entre governo e sociedade.

Após o fim da ditadura, a sociedade com anseio a ser cada dia mais livre, cada dia mais consolidada em sua república e com sonhos de igualdade e que todos, se não iguais, sejam minimamente tratados com equidade.

Diante disso, seguindo pactos internacionais o Brasil aduz em seu artigo 5º da Carta Magna, o Direito à liberdade como sendo um direito inviolável e princípio fundamental para indivíduo:

Art. 5º 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: [...] (BRASIL, 1988)

Em sendo assim, respeitando as particularidades para a garantia de uma sociedade organizada, este direito deve ser reafirmado cada vez mais e, quando mitigado, deve ser em último caso.

Em sua totalidade o direito penal deve ser a *ultima ratio*, em tradução livre trata-se de última razão, ou seja, ele só intervém nas relações e na vida de qualquer indivíduo se este direito não for tutelado pelas demais normativas, pois este trata-se da seara que mais interfere no direito a liberdade dos indivíduos. Neste sentido, discorre José Carlos de Oliveira Robaldo, reafirmando que o direito penal somente atua se os outros ramos do direito fracassaram:

É a partir dessa perspectiva que se trabalha com a idéia de que a função precípua do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais à tranqüilidade social, porém como *ultima ratio*, ou seja, como última opção de controle, tendo em vista o fracasso dos outros meios formais de controle social em relação à proteção dos bens da vida relevantes. Isso significa que, em sendo possível coibir determinadas condutas e conseqüentemente proteger certos bens da vida importantes por meio de outros ramos do direito (civil, administrativo, trabalhista), o Estado está proibido de lançar mão do Direito Penal para tal. (ROBALDO, 2009, p. 01).

Vale ressaltar que a previsão de tal princípio se reafirma na Constituição Federal, quando se trata do princípio da dignidade humana.

2.2 O julgamento justo como pressuposto do direito à liberdade

Toda pessoa deve ser julgada de forma justa, afinal o que se busca a partir de um julgamento é justamente a justiça e, não é tratando de forma injusta, quem por ventura estiver sendo julgado, que a justiça será alcançada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, promulgada há 70 anos, em um momento pós-guerra, traz vários conceitos mínimos que devem ser respeitados para que haja uma dignidade quanto a existência da pessoa humana.

Muito embora tal declaração não tenha força vinculante, são preceitos que demonstram respeito e devem ser minimamente garantidos para que se tenha esperança e confiança na justiça, ou, em qualquer outro meio, pois tal declaração deve ser aspirada em qualquer setor da sociedade, pois trata-se de algo que é a base da convivência humana, muito embora existam divergências, em relação à sua força vinculante, conforme discorre a

professora Flávia Piovesan, em sua obra “Direito Humanos e o direito constitucional internacional:

Para esse estudo a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.

Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de — na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX — ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional. (PIOVESAN, 2013, p. 210).

Ainda, tratando da divergência sobre a força vinculante da referida declaração, assim leciona Jorge Miranda:

O que resta saber é se o conteúdo da Declaração não pode ser desprezado dessa forma e situado noutra perspectiva. Parte da doutrina contesta tal possibilidade, por não atribuir às cláusulas da Declaração senão o valor de recomendação. Outra, pelo contrário, vê nela um texto interpretativo da Carta, pelo que participaria da sua natureza e força jurídica. E ainda há aqueles que perscrutam nas proposições da Declaração a tradução de princípios gerais de Direito Internacional. (MIRANDA, 1998, p. 203).

Em sendo assim, pode-se considerar que o seguimento dos conceitos estipulados pela ONU, como básicos, por si só trazem à obrigação dos países segui-los, assim como são os tratados internacionais, que têm força vinculante. Ou seja, sem que haja qualquer denúncia em relação às cláusulas ali presentes, devem ser regamente respeitadas por todos os países signatários. A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo X, recepcionado pelo ordenamento brasileiro e publicado no Decreto 678/1992, traz a previsão justamente desse julgamento de forma justa, conforme assim dispõe o referido diploma: “Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” (BRASIL, 1992).

A partir deste artigo, pode-se concluir que não se deve simplesmente dar uma resposta à sociedade e condenar todo e qualquer cidadão, segundo o anseio popular como acontecia de forma rotineira em diversos momentos históricos da humanidade com a ocorrência de diversos enforcamentos e mortes em praças públicas para punir quem por ventura estivesse à margem da sociedade e não cumprindo com normas consuetudinárias ou positivadas.

Portanto, deve-se primar para a realização de um julgamento de forma justa, pública, por um tribunal que seja imparcial, sempre, acima de tudo, respeitando os seus direitos e deveres inerentes à uma acusação criminal, pois antes de ser um condenado, qualquer pessoa têm seus direitos, ou melhor dizendo, até após a sua condenação seus direitos fundamentais ainda persistem, claro que tudo isso diante de uma sociedade democrática.

A Constituição Brasileira reafirma todos esses preceitos fundamentais, principalmente garantindo a todo e qualquer cidadão o direito de um devido processo legal, conforme o artigo 5º, LV, do referido diploma: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988).

Por se tratar de uma norma constitucional, deve ser garantido a todos os indivíduos, sem qualquer exceção, o respeito às normas processuais e deve-se julgar o processo pelo seu conteúdo e provas, jamais deixando prevalecer a capa dos autos, como é dito costumeiramente, quando se dá maior importância a pessoa do acusado e não aos fatos que estão e deveriam ser a única causa de julgamento.

Sem o devido processo legal, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como reafirmado pela Constituição Federal, não há que se falar em Estado de Direito e, sim, de exceção.

Considerando que a Carta Magna é algo exordial para a essência democrática e desrespeitando qualquer seja sua norma, a democracia está morta em sua essência deixando de existir.

Diante de qualquer violação destes direitos, deve-se recorrer sempre que necessário para os garantidores da aplicação da Lei, inclusive, sendo o recurso algo essencial para o trâmite processual e devendo ser respeitado e garantido às partes o direito de discordar da decisão e, se fundamentado, recorrer para instâncias e tribunais superiores.

O recurso, qualquer seja dentre aqueles previstos em Lei, deve ser sempre garantido, tendo em vista que as pessoas que julgam os processos são seres humanos e, em vista, a falibilidade humana, há que se preservar o direito de recursos.

Diante da negativa da garantia de recursos, frente a um poder absoluto e um poder absoluto combinado com a falibilidade humana, bem como destinado a aplicação de penas que cerceiam a liberdade, preceito este fundamental ao indivíduo, depara-se com algo inadmissível.

Em sendo assim, considerando o poder que o judiciário dispõe no sistema brasileiro, torna-se um risco à sociedade, bem como à democracia, pois tudo que de certa feita tem uma força imensurável é algo que causa um temor.

Diante da ausência ou da negativa de um devido processo legal, chega-se a um caminho a beira da degola de uma democracia saudável.

Partindo do pressuposto do devido processo legal, deve ser garantido a todo e qualquer cidadão, sem distinção de cor, raça, religião, crença ou qualquer outra forma de ser, o direito à liberdade.

O ser humano aspira liberdade, considerando que a liberdade é algo indefinido tratando-se de coisa não palpável por não se tratar de algo material, mas sim de algo que deve ser sentido, esse sentimento, ainda que indefinido, é uma das metas de vida para ser alcançada, além do que é algo que ainda que de forma inconsciente é buscado e almejado, por se tratar de uma forma de proteção para a existência humana.

Neste sentido, discorre Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político [...] Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p. 24).

Assim, deve-se fazer uma reflexão no sentido de que o que é realmente garantido pelo Estado e o que não passa de um discurso, que apesar de ser gritado aos quatro cantos, não passa de uma utopia.

O que se vê em muitos Estados de Direito hoje, são sempre grandes discursos de que a liberdade é algo absoluto, mas na prática não é isso que acontece.

Diante de um processo penal, por exemplo, depara-se com a prisão, cerceamento máximo de liberdade do homem, mas que ao invés de ser uma exceção, infelizmente está se

tornando regra, principalmente em se tratando de prisão preventiva ou até mesmo quando se trata de execução provisória da pena.

Por fim, deve ser garantido a todo e qualquer cidadão o direito de um devido processo legal, um julgamento justo e acima de tudo que a prisão não seja regra, garantindo direitos e pressupostos fundamentais de forma digna, consolidada e acima de tudo que estes não fiquem somente nos discursos, pois se trata de algo que é à base da existência humana, sem liberdade não há homem e sem homem não há democracia.

2.3 O princípio do juiz natural como fator constitucional de validade processual

Visando a garantia da imparcialidade do Judiciário e a proteção do cidadão em face ao órgão máximo que é o Estado e, tendo em vista a discrepância entre o poder estatal e o poder do cidadão, bem como as “armas” que ambos dispõem, o artigo 5º da Constituição Federal, prevê em dois de seus incisos, o princípio do juiz natural:

Art. 5.º
 [...]
 XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;
 [...]
 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL, 1988).

Assim sendo, visando coibir a instalação de tribunais de exceção que por si é algo que vai de encontro a existência do Estado Democrático de direito, tais princípios foram positivados de forma que tais garantias são irrefutáveis, neste sentido discorre Alexandre de Moraes, em sua obra de Direito Constitucional:

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis. Boddo Dennewitz afirma que a instituição de um tribunal de exceção implica em uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o status conferido ao Poder Judiciário na democracia.
 O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma Celso de Mello que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo. (MORAES, 2003, p. 83).

Fazendo uma reflexão neste sentido, pode-se concluir que a garantia mínima de tais direitos afirmam a segurança jurídica para que todo e qualquer cidadão tenha um julgamento justo e sem exceções, sendo este uma das bases que sustentam a democracia, assim como cita Alexandre de Moraes em sua obra, comparando a ruptura de tais direitos

como se fosse uma ferida mortal para a existência de um Estado Democrático de direito em sua plenitude.

Claro que dentro destas restrições, existem as definições de competência que são as normas infraconstitucionais que delimitam a atuação de cada Juiz definindo a cada qual a sua competência, bem como quais processos este ou aquele deve julgar delimitando e evitando o surgimento de um superpoder ou um super-herói, pelo menos assim deveria ser, segundo a parte teórica.

Apesar destas delimitações, esporadicamente surgem atuações de alguns magistrados que se tornam atores do processo, se assim pode-se dizer, pois o papel do Juiz é se manifestar nos autos processuais e quanto menos aparecer em sua atuação, melhor será o resultado do julgamento prolatado no feito.

Em suma, deve ser sempre garantido ao cidadão um devido processo legal e, ainda mais importante, que este seja realmente competente para realizar o julgamento de tal processo, garantindo assim a validade e confiança processual ao qual o Judiciário deve transparecer. Além disso, evitar conflitos internos nos órgãos da justiça, garantindo que a Lei seja a personagem principal de um julgamento, servindo o Juiz simplesmente como diretor da ação.

2.4 O processo penal como garantidor da presunção de inocência

Partindo dos direitos e garantias fundamentais e a prática processual no meio do direito, dentre eles, depara-se com o processo penal que é seara do direito que somente atua em último caso, ou seja, o direito penal somente atua se os demais ramos do direito falharem, se assim pode-se considerar de forma bem grosseira.

Neste sentido, discorre o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida aos bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2012, pg. 25)

Portanto a última maneira de controle das relações sociais deve ser o direito penal, pois é uma matéria que pune a conduta do indivíduo e não o indivíduo, além do que, é uma seara que visa proteger os bens jurídicos mais importantes das relações sociais, como a vida e o patrimônio.

Por proteger as relações sociais mais importantes da sociedade é que as sanções em relação ao desrespeito dessas normas cerceiam a liberdade do indivíduo. Trata-se de algo mais rígido se comparado aos demais ramos do direito, relativizando e trazendo o direito da liberdade, ainda que fundamental, como algo passível de transgredir, ou melhor, faz com que todos reflitam que embora a liberdade seja algo fundamental, não é algo absoluto.

Justamente por isso, por tolher, ainda que parcialmente, um direito fundamental ao indivíduo que deve ser garantido a presunção de inocência a todo e qualquer cidadão.

No direito penal, o ônus da prova é do Estado ou de quem acusa, neste sentido, discorre o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofrer a 'sanção processual', consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato. (NUCCI, 2011, p. 26).

Em regra, quem dispõe do interesse em punir o acusado, bem como utilizar o direito penal como controle das relações sociais é o Estado, neste entendimento, sendo o titular da ação penal nas ações públicas, através do Ministério Público, o Estado tem o interesse em atingir a condenação se porventura houve o fato que é tipificado como crime para garantir a aplicação da Lei.

Ainda a respeito deste princípio, a Constituição Brasileira, segundo entendimento majoritário, trata o processo penal como tendo base o sistema acusatório, onde o Juiz é, e, deve ser apenas o Presidente do processo, não devendo para tanto assumir alguma posição, ou até mesmo, assumir o papel de algo que é da parte, garantindo a imparcialidade do julgamento, não se deixando de alguma maneira ser tomado por um dos lados do processo, devendo se restringir-se apenas aos fatos de forma equidistante, conforme discorre Aury Lopes Júnior:

[...] a melhor forma de averiguar a verdade e realizar-se a justiça é deixar a invocação jurisdicional e a coleta do material probatório aqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes. Deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes para assegurar sua imparcialidade. Com isso,

também se manifesta respeito pela integridade do processado como cidadão. (LOPES JR, 2009, p.74).

Portanto, sendo o Estado garantidor e maior parte interessada para alcançar uma sentença favorável ao seu interesse, deve ele provar aquilo que alega, sob pena de não consolidar o que almeja.

No processo penal, mais especificamente em relação ao direito dos dos acusados os mesmos têm o direito de permanecer em silêncio em qualquer fase processual, não sendo obrigado por Lei a produzirem provas contra si mesmos, assim é a previsão do Artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal: "Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo--lhe assegurada a assistência da família e de advogado". (BRASIL, 1988).

Princípio e direito que deve ser invocado principalmente tratando-se de interrogatório, sendo preso ou não, o acusado de qualquer processo criminal tem o direito de permanecer inerte, se assim for seu interesse durante toda a instrução criminal, cabendo a quem acusa corroborar o que alega com provas, desde que obtidas por meio legal e que sejam devidamente juntada aos autos, pois o processo penal se limita ao que consta no procedimento, ainda que busque a verdade real. Além disso, todo e qualquer procedimento deve ter e se basear sob crivo do princípio do contraditório e da ampla defesa.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no Artigo 5º, LV, da Constituição Federal brasileira, trata-se de algo primordial, pois toda e qualquer matéria processual deve ser ofertada às partes o direito de discordar ou simplesmente de demonstrar seu ponto de vista em relação ao fato, devendo para tanto ter ciência e participação, não bastando que este seja simplesmente juntado aos autos, deve ser oportunizado a todas as partes interessadas o direito de recorrer ou não, conforme assim discorre o doutrinador Renato Brasileiro: "Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis". (LIMA, 2017, p. 25), bem como o referido diploma da Carta Magna, "Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (BRASIL, 1988).

Assim, pode-se concluir que existe uma grande lacuna entre o contraditório e a ampla defesa, o contraditório deve ser oportunizado a todas as partes, já a ampla defesa,

trata-se de algo que é uma prerrogativa inerente somente ao réu, conforme discorre Gustavo Henrique Badaró, em uma de suas brilhantes explicações:

[...] é possível violar-se o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa. Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. O princípio deve aplicar-se em relação a ambas as partes, além de também ser observado pelo próprio juiz. Deixar de comunicar um determinado ato processual ao acusador, ou impedir-lhe a reação à determinada prova ou alegação da defesa, embora não represente violação do direito de defesa, certamente violará o princípio do contraditório. O contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu. (BADARÓ, 2009, p. 37)

Portanto é possível que se transgrida o direito ao contraditório, mas nunca em hipótese alguma o direito à ampla defesa, sob pena de nulidade de todos os atos que porventura, tenham derivado de alguma forma daquele ato principal, ou do ato declarado nulo.

Ainda tratando do princípio acusatório, a previsão do direito ao silêncio, bem como a previsão da presunção de inocência quando é tratada no processo penal, vêm desde a proclamação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, pós Revolução Francesa, que como já foi explanada é uma das principais inspirações para os Estados Democráticos de Direito até a atualidade, assim discorre o doutrinador Flávio Mirza, em uma de suas principais obras:

A Presunção de Inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembleia Nacional Francesa. De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo a adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade. (MIRZA, 2010, p. 543).

Em sendo assim, é garantido ao cidadão o direito de presunção de inocência, portanto até que se prove o contrário não há que se falar em culpa, trata-se algo que é presumido, ou seja, algo que é verdadeiro, absoluto, consolidado até que seja de alguma forma quebrado e devidamente comprovado e o mais importante que não haja outra possibilidade daquela condenação ser revista.

Em síntese, para que seja alcançada a justiça todos devem ser considerados inocentes até que se prove o contrário e de forma alguma a inocência do cidadão deve ser relativizada. Devendo para tanto, que se tenha um devido processo legal e que todos os preceitos

fundamentais sejam devidamente respeitados, pois sem a presunção de inocência não há que se falar em justiça, mas sim em Estado de exceção.

A presunção de inocência é algo primordial para essência democrática, pois muitas vezes o que se vê na prática é uma busca pela resposta social do caso concreto, sendo que o poder judicial não é ocupado por cargos eletivos com votos diretos pela população justamente por isso, pois os Juízes devem garantir a aplicabilidade da Lei, ainda que contra a vontade da maioria da população, não sendo competente para na função de aspirar os anseios da população.

3 A FINALIDADE SOCIAL DA PENA

3.1 O que é pena?

Perpassados alguns pontos importantes tratando dos princípios que envolvem os direitos inerentes ao cidadão, bem como das Leis, aporta-se ao ponto em que trata da consequência ao desrespeito das referidas normas, pois para garantir a aplicação das normas é necessário que haja uma sanção até porque o simples fato de positivá-la não a faz ter uma eficácia plena.

Neste sentido, no processo penal surge a pena, que tem variadas modalidades seja para restringir direitos do cidadão, sua liberdade, ou, em alguns casos, simplesmente uma sanção equivalente a multa que será aplicada ao autor do ilícito penal, conforme discorre Washington dos Santos, que assim define a pena de forma geral, com uma visão mais específica no Brasil como sendo: “[...] é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. No Brasil, elas podem ser: privativas de liberdade; restritivas de direito; de multa” (SANTOS, 2001, p. 182).

Assim, há um silogismo na aplicação da Lei penal, pois há a Lei, que é a premissa maior, o caso concreto que é a premissa menor e a conclusão é a sentença onde é aplicada a pena.

Porém, as penas surgiram bem antes do modelo de positivação das Leis que tem-se hoje e, além disso, bem como bastante diferente do modelo de punição na atualidade em relação a sua origem, partindo desse pressuposto tem-se as primeiras penas que eram, conforme discorre John Gilissen: “[...] a morte, as penas corporais, as sanções sobrenaturais; ou ainda uma das sanções mais graves nas sociedades arcaicas, o banimento, ou seja a expulsão fora do grupo, que para o expulsado leva à perda da protecção do grupo”. (GILISSEN, 1995, p. 37).

Portanto, a simples forma de dizer ao cidadão que ele não fazia mais parte do grupo e por isso não teria mais a proteção do mesmo era uma das sanções as quais se tem notícia, pois perder tal proteção era muito significativa, tendo em vista a forma como as pessoas se organizavam. Além disso, ainda há a presença de um ser sobrenatural que atuava como uma forma de coerção psicológica trazendo punições àqueles que cometessem atos que não fossem culturalmente aceitos.

A pena vem justamente neste sentido, pois a sua função naquela época era pura e simplesmente fazer com que certas atitudes não fossem praticadas pelos membros do grupo, bem como que o indivíduo autor da ação não mais cometesse tal ato, mas não muito diferente do modelo atual, pois a função subsidiária era e, é, punir atos que sejam repugnados pela sociedade dependendo do momento histórico, conforme discorre o doutrinador Césare Beccaria em sua obra:

Da simples consideração das verdades, até aqui expostas, fica evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. [...] Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos, e demover os outros de agir desse modo.

É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu. (BECCARIA, 1999, p. 52).

Neste contexto tira-se a conclusão de que a função da pena não é muito diferente do modelo atual, pois além de punir, visa garantir que as condutas sejam minimamente pensadas antes de serem cometidas.

3.2 Aspectos de retribuição penal

A pena em sua essência tem o caráter punitivo, porém não é a única finalidade e não deveria ser, pois partindo do princípio que a finalidade principal está justamente na defesa dos direitos inerentes ao cidadão, bem como da Lei, não se pode em momento algum deixar que de alguma forma o caráter punitivo da retribuição penal ao indivíduo se sobressaia de alguma forma ao fator da utilização da pena como garantidor de direitos. O Código de Hamurabi é um grande exemplo em que a sociedade de certa feita esquece o que é a pena e para que a pena deve ser usada e a utiliza simplesmente como forma de retribuição, caindo muitas vezes em uma cultura de penas cruéis não cumprindo de forma satisfatória com as funções penais inseridas na pena e disseminando a cultura de se fazer justiça com as próprias mãos.

Com esse posicionamento, discorre o doutrinador Jorge de Figueiredo Dias:

[...] uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade. (DIAS, 2012. p. 48-49).

Assim, a pena deve sim ter um caráter retributivo como forma, mas nunca ser simplesmente uma retribuição visando puramente a punição do indivíduo, quando para tanto deve ser utilizada como forma de apenar a sua conduta do mesmo e não a sua pessoa.

O caráter retributivo é sim importante, mas desde que aliado às demais funções e aspectos da pena e sempre deve ser dosado e nunca extrapolar as condições mínimas da dignidade humana. Daí surge outro questionamento, o que seria essa dignidade inerente ao cidadão? O que seria essas condições mínimas as quais devem ser respeitadas?

Neste contexto discorre Alexandre de Moraes, em uma de suas principais obras:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2005, p. 129)

Diante desta reflexão deve ser questionado se as condições de cumprimento das penas no Brasil, principalmente no concerne o cumprimento da pena em presídios superlotados, estão sendo minimamente respeitadas ou se na prática tem-se um cumprimento de pena em uma dosagem além do que deveria ser, avaliando ainda a segurança oferecida ao encarcerado que infelizmente muitas das vezes cumpre a pena privativa de liberdade e além desta é massacrado pelo sistema prisional e até mesmo pelos demais detentos.

3.3 Aspectos de prevenção penal

A prevenção é uma artimanha Estatal atrelada às demais finalidades da pena, utilizada em sua essência principal para que o indivíduo através de sua situação fática não mais pratique determinados atos, bem como a partir da visão de outros indivíduos em situações não habituais possa servir de exemplo e como uma barreira para prática de atos que são contrários às tendências sociais. .

Porém, apesar de atrelada às demais funções sociais da pena, jamais o critério da prevenção penal deverá sobressair aos demais e, já que é utilizado como um critério social da pena o Estado deverá punir o mais duramente possível, pois se assim não for poderá

expor sua fragilidade, além disso, a retribuição é algo que como toda relação social é muito relativo, muito embora seja algo tratado como forma geral.

Neste sentido, Claus Roxin, discorre sobre a forma de prevenção Estatal de forma geral:

Em primeiro lugar, permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. A doutrina de prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição e da correção esta debilidade, ou seja, permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível. A ela se acrescenta uma ulterior objeção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível. Outro argumento reside no fato de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Por fim, uma última objeção: Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal. [...] A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhante às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico. (ROXIN, 1986. p. 22-23)

Portanto, o Estado deve assim como em qualquer área, mais especificamente na seara da retribuição não se limitar somente a isso, pois a função da pena não deve e nunca poderá ser somente a retribuição. Assim, deve-se ponderar os limites e não deve jamais ser o único motivo e argumento Estatal ao aplicar uma pena o poder/dever de retribuição para equilíbrio das relações sociais.

3.4 Aspectos de ressocialização penal

Percorridos alguns pontos importantes da pena, chega-se a sua base e sua principal essência que deve ser a visão de que o indivíduo que hoje cumpre uma pena pode, ou melhor, deve voltar a ter um convívio com as demais pessoas não sendo após uma condenação simplesmente eliminada para sempre, sem a devida perspectiva de um retorno ao meio.

Durante o cumprimento da pena, bem como após o seu término deve-se visar a reinserção do indivíduo ao meio, pois o que está sendo punido ali não é o ser mais sua conduta.

A respeito do tema, discorre Pastore:

Por isso, ainda que a punição e encarceramento sejam necessárias para assegurar a proteção e a justiça as sociedades modernas precisam ir além, fazendo o possível para reinserir os condenados no trabalho produtivo, tanto dentro como fora dos presídios.[...] A estratégia de combater a reincidência pela inserção no trabalho tem fundamentos. O trabalho tem-se revelado como um dos fatores mais efetivos para reconstruir a dignidade da pessoa e para sua reintegração na família e na sociedade. Isso vale tanto para o período do cumprimento da pena como para os tempos de liberdade. (PASTORE, 2011, p.31).

A ressocialização deve ir muito além dos limites do cárcere, bem como a pena deve ir muito além de simplesmente punir, repugnar ou prevenir ela deve em sua execução iniciar o processo de ressocialização do indivíduo e, é, algo que deve persistir mesmo após a extinção da pena com oportunidades e apoios ao ser que é visto puro simplesmente como marginalizado, mas muitas das vezes não por sua opção, mas sim por uma sociedade que por mais redundante que pareça não visa o social e nem o ser humano que está ao seu lado.

Para isso o Estado deve dar o pontapé inicial, fazendo com que a sociedade acredite que a pena está sendo cumprida em sua essência, ou seja, punindo e prevenindo, mas o mais importante fazendo um trabalho para ressocializar o cidadão.

Portanto, a pena deve ser algo ponderado, não deixar de retribuir e nem de punir, para simplesmente ressocializar, mas algo que tenha o equilíbrio neste tripé que é a base da pena e do poder que o Estado chamou para si.

4 A PRISÃO PENAL

4.1 A história da prisão

A prisão surgiu como já dito, com a necessidade de se mostrar algo de concreto direcionado à repressão de condutas sociais.

A princípio as prisões eram pura e simplesmente utilizadas como forma de tormenta e castigo estritamente físico e, além disso, o que era visado era o castigo público de forma que o indivíduo ficava a mercê e vulnerável perante o órgão, estado ou ao líder que o julgava.

Este tipo de pena perdurou ao longo da história, vindo a ser revisto com o advento da Revolução Francesa, a partir de onde aspirou-se novas ideias com o intuito de trazer humanidade a prisão e, além disso, dar um novo caráter a mesma, não deixando com que a intenção em punir e humilhar o ser, fosse maior do que as demais finalidades da pena, trazendo, a partir de então, a pena de prisão para realidade que se vislumbra até hoje, conforme discorre a autora Ana Lucia Sabadell, com o texto publicado no livro organizado por Rodrigo Tôres Oliveira e Virgílio de Mattos:

A privação de liberdade, enquanto modalidade punitiva, surge no século XVIII, tendo sido mencionada pela primeira vez no projeto de codificação penal aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte francesa. Portanto, até este período histórico, a prisão não era associada ao cumprimento de pena privativa de liberdade. [...] Em outras palavras, podemos dizer que a prisão era concebida como “medida de segurança” no sentido próprio da palavra. (SABADELL, 2009, p. 29)

Vale ressaltar que o iluminismo não foi o único meio que influenciou essas mudanças, sendo além da influência deste movimento, o anseio de pessoas ligadas a aplicação das penas e não muito distante em um segundo momento do anseio social, conforme discorre Michel Foucault em *Vigiar e Punir*:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda parte na Segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; e entre os legisladores das assembléias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco. (FOUCAULT, 1987, pág. 63).”

Foucault (1987), ainda completa:

Com as novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de

estatuto jurídico da propriedade, todas as práticas populares que se classificavam, seja numa forma silenciosa, cotidiana, tolerada, seja uma forma violenta, na ilegalidade dos direitos, são desviadas à força para a ilegalidade dos bens... " a ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. (pag.74) O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade[...] (pag.76) (FOUCAULT, 1987)

Em sendo assim, a prisão passou a ser algo em que a sociedade vislumbrava algo além da punição, mas a enxergava como sendo algo essencial a defesa do meio e não puro e simplesmente como uma vingança ou poder do ser soberano, passando a ser uma restrição de liberdade do indivíduo.

4.2 A definição de prisão

A prisão pode ser definida como restrição à liberdade do indivíduo, sempre nas hipóteses previstas em Lei, ou seja, não há que se falar em prisão sem previsão legal, recolhendo esse indivíduo ao cárcere.

Neste sentido, discorre o doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

A prisão deve ser compreendida como a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa humana ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei. (LIMA, 2012, p. 1168).

O doutrinador Renato Brasileiro de Lima, como supracitado, vai além de muitos doutrinadores que definem prisão como somente aquelas que se dão em flagrante delito, por ordem da autoridade competente deixando claro em sua descrição que deve ser uma decisão fundamentada, bem como no sentido de incluir a prisão no caso dos militares que são regulamentadas pelo Código Penal Militar diferentemente dos demais civis que são regulados pelo Código Penal, portanto legislações distintas.

Além disso, ainda existem outros casos de prisão, exceções, mas que podem ocorrer e por justamente se tratar de uma exceção que muitos doutrinadores não tratam em suas definições, neste sentido discorre o doutrinador André Ramos Tavares, que assim define prisão:

Há possibilidade de prisão por ordem de autoridade administrativa, que seria no caso o executor nomeado pelo Presidente, o executor das medidas do estado de defesa ou do estado de sítio. E o caso não é de prisão em flagrante nem por ordem judicial (e portanto será exceção ao art. 5º, LXI, da C.F.). (TAVARES, 2007, p. 1019)

Com uma definição ainda mais completa André Ramos traz em sua concepção de prisão os casos de restrições de liberdade durante os estados de defesa republicana que são os estados de sítio ou de defesa, ambos previsões constitucionais que durante sua vigência para o estrito controle social, sendo que cada qual em uma situação específica, restringe direitos e transfere alguns poderes para uma pessoa chamada autoridade administrativa que acumula algumas funções, dentre elas a de poder/dever de dar ordem de prisão.

Portanto, a prisão é um meio de cercear a liberdade do indivíduo visando o controle social por meio da coação, colocando o indivíduo no cárcere com intuito de que o mesmo seja punido, ressocializado e também utilizada como forma de prevenção.

4.3 O modelo atual de prisão

Atualmente o modelo de prisão transparece algumas problemáticas, principalmente em alcançar a sua finalidade do cumprimento da pena no caráter de ressocialização.

Alguns fatores influenciam diretamente nesta defasagem, conforme discorre o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

[...] Fatores materiais:

nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o desenvolvimento das tuberculoses, enfermidade por excelência das prisões [...]

Fatores psicológicos:

um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina os delitos penitenciários, os quais, em sua maioria são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionato, tráfico de drogas etc.).

Fatores sociais:

a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. (BITENCOURT, 2017, p. 165).

Considerando esses problemas de forma geral, conclui-se que diante da falha do Estado em punir e ao mesmo tempo ressocializar, a pena tem sua finalidade totalmente quebrada, sendo constatadas várias lacunas sejam elas materiais, diante das estruturas e ausência de condições mínimas ao apenado, penitenciárias superlotadas e, desrespeito até mesmo a dignidade humana, pois são cárceres que não dispõem de condições mínimas para que o acusado cumpra a pena e tenha um ambiente seguro. Além da falha material, depara-se com a ausência de amparo psicológico, caráter imprescindível para quem tem sua liberdade tolhida, sendo a liberdade algo natural do homem, em sendo assim, para tentar

reinsere o homem ao meio, bem como que ele tenha uma recuperação e não fique a mercê das torturas psicológicas prisionais, se faz necessário um acompanhamento por um profissional competente para ampará-lo e para que ele não se revolte com o meio que o empurrou para o cumprimento de forma forçada de uma pena que talvez para ele não se fazia necessária, pois as condutas praticadas são vias relativas, muitas das vezes os réus tratam suas condutas como algo natural. E, além disso, temos o fator social, pois qualquer indivíduo que é afastado de forma abrupta de um meio ao retornar vai se sentir fora da ‘caixinha’, pois vai ser como se ele estivesse em um novo mundo e que esse mundo não o aceitasse da forma que ele é, mas pelo contrário o que o mundo não aceita é sua conduta, sendo impossível a sua pessoa ser excluída da sociedade.

A partir da identificação destes pontos, devem ser amparadas todas as condutas, bem como que conscientize o réu que cumpre pena de que sua conduta não é socialmente aceitável e o mais importante fazer com que mesmo distante do meio ele não se sinta como sendo um triângulo tentando se encaixar em um quadrado, mas que ele se sinta umas dessas arestas do quadrado, que ele entenda que faz parte do meio e tem sua importância social, assim como qualquer indivíduo independente de sua crença, cor, raça, etnia ou condição financeira.

Ainda sobre as funções sociais da pena, discorre o doutrinador Cléber Rogério Masson:

Fala-se atualmente em função social da pena, e, conseqüentemente, em função social do Direito Penal, direcionada eficazmente à sociedade a qual se destina, pois no tocante a ela a pena tem as tarefas de protegê-la e pacificar seus membros após a prática de uma infração penal. Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a Impunidade e recuperando os condenados para o convívio social. Em sua aplicação prática, a pena necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo se torne o delinquente instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir a sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor. (MASSON, 2011, p. 545).

Portanto, o Estado deve cumprir seu papel social e não simplesmente jogar o indivíduo à mercê de facções criminosas muitas vezes cumprindo uma pena dupla, tendo sua liberdade cerceada e sofrendo torturas psicológicas.

A impressão que têm-se e a de que o Estado joga o indivíduo em penitenciárias e joga sua chave fora, mas não somente a de sua cela, mas também a chave de sua recondução ao convívio social, bem como a chave de seus sentimentos e, além disso, a chave do seu ser, fazendo com que ele se sinta excluído e em momento algum busca uma forma de resgatar o indivíduo.

4.4 Estatísticas carcerárias

O sistema carcerário brasileiro é algo que deixa a desejar em todos os sentidos e não seria diferente quando se trata do número de vagas, bem como em relação ao número de presos esperando por julgamentos sem qualquer condenação ou sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, os presos provisórios.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado para melhorar o desempenho do trabalho do judiciário, buscando aperfeiçoá-lo, sempre visando a transparência das relações judiciais sejam por questões internas e/ou processuais.

Um dos principais papéis do Conselho Nacional de Justiça é buscar esses dados reais ou o mais próximo da possível, principalmente em se tratando do sistema prisional, pois quem manda prender é o Juiz, em sendo assim, o judiciário se torna um ator principal interessado no controle do sistema prisional.

Cumprindo com sua missão de promover políticas para melhor gestão, o Conselho Nacional de Justiça sempre busca conhecer a realidade do sistema judiciário, incluindo aí o sistema prisional.

E com essa visão o Conselho criou o Banco Nacional de Mandados de Prisão buscando unificar e acompanhar de perto os dados carcerários.

Segundo dados recentes divulgados em uma reportagem do site G1 que usou como fonte seus dados o banco de monitoramento do CNJ a população carcerária do país atingiu a marca de 800 mil pessoas no mês de julho de 2019.

Para o cálculo desse número foram considerados somente os presos que estão em cumprimento de pena em algum estabelecimento carcerário.

E o mais alarmante é que desse número 41,5% são presos provisórios, ou seja, quase metade das pessoas em cumprimento de pena em algum estabelecimento prisional,

estão cumprindo pena sem que haja o trânsito em julgado para sentença que o condenou, conforme reportagem de Luiz Felipe Barbiéri, repórter do site G1 publicada no dia 17/07/2019:

O Brasil tinha nesta quarta-feira (17) pelo menos 812.564 presos, segundo o Banco de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O número é próximo ao da população de uma cidade como Nova Iguaçu (RJ) – 818.875 habitantes, segundo estimativa do Instituto Geográfico Brasileiro de Estatística (IBGE). Os dados mostram que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios – pessoas ainda não condenadas. E que há em todo o país 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, dos quais a grande maioria (94%) de procurados pela Justiça. Os demais estão foragidos. O banco de monitoramento do CNJ é alimentado diariamente com dados fornecidos pelos tribunais estaduais. A marca de 800 mil presos foi ultrapassada há duas semanas. O número de presos pode ser ainda maior porque alguns estados não completaram totalmente a implantação do sistema e por isso ainda fornecem informações parciais. (G1, 2019)

Os dados são realmente assustadores, tendo em vista que o déficit carcerário é alarmante o que se vê nos presídios de forma geral é uma terra sem qualquer norma, onde preceitos fundamentais são simplesmente desprezados e ignorados como se fosse algo simples e inútil, conforme reconhecido pela Suprema Corte ao publicar os informativos 796 e 797:

PLENÁRIO - Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental. O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do

que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797. (Brasil, 2015)

Neste sentido deve-se primar para que o sistema forneça minimamente condições mínimas de espaços físicos com estruturas para receber as pessoas que devem cumprir suas penas, o que infelizmente não se vê atualmente.

4.5 A prisão penal antecipada vista como aplicação do direito penal do inimigo

De acordo com a legislação vigente não se pode prender todo e qualquer indivíduo sem qualquer justificativa, conforme já discorrido, em sendo assim, devem ser respeitados alguns princípios, bem como as previsões legais e formas de prisão.

O Direito é algo realmente sagrado para uma democracia, mas nunca deve ser usado como forma de punir uma pessoa como se este fosse inimigo da sociedade. O avanço social e a evolução cultural humana é tão veloz que muitas vezes o que se vê é a sede de justiça aumentar a cada dia, fazendo com que a exigência e o clamor social para com o judiciário seja cada vez maior, exigindo muitas vezes uma evolução jurídica a qual o sistema não comporta.

Neste sentido, discorre Alexandre Rocha Almeida de Moraes em sua dissertação de Mestrado intitulada “A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo’”:

Entender e questionar a legitimidade de um Direito Penal para o 'inimigo da sociedade' pressupõe, pois, entender o contexto da realidade do Direito Penal, pressupõe entender como o Direito vem sendo contaminado por ideias estranhas ao seu código operativo e como novas demandas decorrentes dos avanços tecnológicos, da globalização e da aceleração da comunicação vem modificando o Direito Penal Clássico. (MORAES, 2006, p. 58)

Portanto, o Direito nunca deve ser utilizado como forma de atender o clamor social e utilizar-se para isso de atalhos a legislação e interpretações dúbias de textos claros para satisfazer a opinião social.

A axiologia é justamente o estudo que compreende os valores morais que a sociedade dá a algumas condutas e no sistema brasileiro o legislativo é responsável por aspirar esses sentimentos e criar normas, claro que sempre respeitando os limites constitucionais e princípios básicos.

Utilizar a prisão penal para executar a pena de forma antecipada é justamente um desses atalhos criados na legislação para atender o clamor social e deixando de lado o direito.

O Estado não atende de forma célere aos trâmites processuais, causando muitas vezes uma sensação de impunidade, mas quando na verdade acima de tudo deve-se ter um devido processo legal.

O que a sociedade deve entender que agilidade não significa justiça, todo processo, ainda mais os processos criminais por tratarem de assuntos delicados, demandam tempo para serem instruídos.

Neste sentido o Estado tira uma responsabilidade que é sua e transfere aos cidadãos que respondem processos criminais, executando a pena de forma provisória, simplesmente ignorando sua incompetência em dar soluções rápidas aos processos sem que sejam tolhidos direitos, ferindo, ainda, um princípio importantíssimo que é o princípio de que a pena nunca deve passar da pessoa do acusado para outro, ou seja, o Estado não deve jamais transferir uma responsabilidade que é sua para um terceiro/cidadão que é réu em um processo criminal.

Assim, o direito passa a ser utilizado como forma de punir a pessoa que cometeu a conduta podendo ser considerado como direito penal do inimigo, isso se ainda estiver a essência de direito em julgamento com essas características.

Portanto, o Estado deve, se desejar, aprimorar seus equipamentos e nunca fugir das normas processuais para atender anseios sociais sob pena de se cair em um estado de exceção onde o indivíduo é tratado como algo fora do meio e não como um ser como qualquer outro que tem família, tem direito à vida, à liberdade e acima de tudo a direitos e garantias fundamentais.

5 O GARANTISMO CONSTITUCIONAL/PENAL

5.1 A constituição cidadã adotada como modelo pós-ditadura

A Ditadura Militar foi um período sombrio para a história brasileira, que teve duração de pouco mais vinte anos, no qual o Brasil foi governado por cinco militares, desde que o general Castello Branco assumiu o poder em 15 de abril de 1964, portanto poucos dias após o golpe que ocorrerá em 31 de março de 1964, quando o exército enviou uma frente ao Rio de Janeiro, onde estava o presidente da época João Goulart, eleito democraticamente, tendo tomado posse, após uma grave crise no sistema brasileiro, em vista que o mesmo era vice de Jânio Quadros, que renunciara ao seu mandato em 1961, logo após a sua posse, neste sentido discorre a reportagem publicada pelo sítio do STF:

A chamada, pelo próprio Ulysses, “Constituição Cidadã” foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte – composta por deputados e senadores eleitos democraticamente em 1986, após 21 anos de Regime Militar, iniciado com o golpe de 1964. A Constituição restabeleceu o voto direto e secreto, o habeas corpus e a proibição a qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. (Brasil, Histórico, 2009)

João Goulart estava em viagem e foi acusado de comunista pelos militares, sendo impedido de assumir e depois de uma longa negociação foi implantado no Brasil o sistema parlamentarista passando a partir de então Jango a ser chefe de Estado.

Após a saída de João Goulart, com os militares no poder, o que foi visto é uma sociedade onde o direito à liberdade de expressão não tinha força, bem como qualquer forma de manifesto que fosse contrário ao movimento autoritário dos militares.

Porém, Paulo Freire, foi um grande exemplo nesta luta para despertar e encorajar a população para buscarem algo realmente livre com o projeto que ficou conhecido como Educação Popular, sempre, como deveria ser hoje, buscando a mudança através do processo do conhecimento, assim discorre Alexandre Ciconello, em um artigo publicado em 2008, pela Oxfam International, sobre esse importante e marcante movimento histórico para a sociedade brasileira:

Muito embora a ditadura militar tenha controlado e restringido a liberdade de expressão e de associação de indivíduos e de grupos políticos e sociais que criticassem o regime político autoritário, havia algum espaço de mobilização e de debate na base da sociedade brasileira. Esse espaço foi estrategicamente identificado e utilizado por milhares de organizações – formais e informais -, militantes, religiosos, intelectuais e movimentos sociais inspirados, principalmente, por referenciais teóricos e morais, como a Teologia da

Libertação e o movimento pedagógico criado pelo brasileiro Paulo Freire, chamado Educação Popular. A atuação era baseada em processos educativos junto a grupos populares com a finalidade de gerar emancipação e consciência cidadã. Educar a população para a transformação social era o objetivo. (CICONELLO, 2008, p. 02)

Os movimentos sociais da época foram muito importantes, tanto para contribuir para o fim da ditadura, bem como para inspirar as pessoas para exigirem os direitos aos quais vê-se hoje.

Com o fim da ditadura, a missão era consolidar a democracia para suportar qualquer crise e evitar que direitos fossem cassados, criando para tanto uma estrutura social, bem como um governo bem consolidados a ponto de resistirem e afirmarem a cada dia mais a democracia no Brasil, conforme discorre as historiadoras Lília Schwarcz e Heloísa Starling:

O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país, e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros. (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 488.)

Com esse sentimento foi proclamada por Ulisses Guimarães, após a Assembleia Constituinte, em outubro de 1988, a Constituição Brasileira, conhecida e chamada popularmente como Constituição Cidadã.

Justamente neste sentido, vislumbra-se uma extensa norma de forma positivada com o anseio de cada setor da sociedade querendo fazer com que tudo que estivesse ali escrito fosse realmente respeitado.

Portanto, o silêncio e a ausência de possibilidade de manifestação que perdurou pelo tempo do regime ditatorial soou como um grito de liberdade para todos os cidadãos.

5.2 A adoção do pacto de San José da Costa Rica

Em 1969, durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, cuja cidade sede foi San José da Costa Rica, foi escrita a Convenção Americana de Direitos Humanos que se tornou um tratado internacional conhecido de forma geral como Pacto de San José da Costa Rica, cujos signatários são os países da Organização dos Estados Americanos, dentre eles, o Brasil.

Embora esse tratado tenha sido escrito em 1969 ele entrou em vigor a nível internacional somente em 18 de julho do ano de 1978, quase dez anos após ter sido elaborado, pela situação política com que cada país-membro vivia principalmente no que concerne ao modelo de governo que não era diferente do Brasil, existiam ditaduras de regimes esquerdistas, bem como de direito, conforme discorre Flávia Piovesan em uma citação indireta a Buergethal, que assim definiu aquele momento histórico:

[...] em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por Ditaduras, tanto de direita, como de esquerda. Dos 11 Estados partes da Convenção à época, menos da metade tinha governos eleitos democraticamente. A outra metade dos Estados havia ratificado a Convenção por diversas razões de natureza política. [...] Ao longo dos anos, contudo, houve uma mudança gradativa no regime político das Américas, tornando possível para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos ter uma importância cada vez maior. O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte. (BUERGENTHAL, 2003, apud PIOVESAN, 2011, p. 311)

Com o fim das ditaduras, o avanço e a força presentes no tratado consolidaram cada vez mais o espírito democrático, bem como fortaleceram as normas ali presentes, foi uma via de mão dupla, ambos necessitavam um do outro naquele momento, o que não é muito diferente na atualidade.

O Brasil, aderiu ao tratado, através do depósito da carta de adesão a essa convenção em 25 de setembro de 1992, com apenas duas ressalvas quanto a questões administrativas quanto a subordinação e fiscalização pela Comissão Internacional.

Atualmente o tratado é a base para os direitos e garantias fundamentais em muitos países, sendo para tanto, inspiração até para algumas constituições já proclamadas.

O tratado prevê algumas garantias à pessoa, conforme o artigo 8º, prevê algumas garantias judiciais:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (BRASIL 1992).

O tratado, na legislação brasileira, veio para reafirmar alguns princípios constitucionais já existentes e de grande importância, como a garantia do devido processo legal, a garantia do contraditório e da ampla defesa e assistência judiciária gratuita.

Neste mesmo sentido, o artigo oitavo, em seu parágrafo segundo, traz a previsão de que todos os acusados tenham direito a presunção de inocência até que se prove, com o devido processo legal, sua culpa. Além disso, na alínea 'H', do referido diploma legal há a previsão de que o acusado tem o direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior, claro que se assim desejar.

Todos esses direitos são devidamente reafirmados na Constituição Federal brasileira, bem como são direitos claros e sem a necessidade da aplicação da hermenêutica, pois o diploma diz que ninguém será considerado culpado até se prove sua culpa, indo além, incluindo para isso cláusulas que são garantias mínimas, dentre elas, o direito de recorrer.

Portanto, enquanto houver possibilidade de recursos, ainda, a possibilidade da discussão da culpa, não há que se falar para tanto, em culpa sem que se esgotem todos os meios recursais.

5.3 A presunção de inocência como fator de estabilidade social

O princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal, bem como recepcionado na legislação brasileira pelo Pacto de San José da Costa Rica, deve ser um fator processual indispensável, tendo em vista a estabilidade social ligada a esta garantia.

Todo acusado deve, ao responder o processo, ter no mínimo a garantia de poder discordar da decisão e recorrer enquanto possível até que se transite em julgado e não haja a possibilidade de se rever qualquer ponto processual ou de direito, ocorrendo, portanto, o trânsito de forma definitiva.

O fato de não garantir a presunção de inocência como preceito fundamental causa arrepios, pois a qualquer momento o acusado pode ter sua liberdade cerceada sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém deve ser questionado o seguinte: e se o processo por algum motivo for anulado? E se for reconhecido algum abuso pelos Juízes ou Desembargadores pelas cortes superiores, sendo reconhecido uma violação clara a norma de direito processual ou constitucional?

Neste sentido, diante do prejuízo causado ao acusado, se preso antes do trânsito em julgado, qual o preço da liberdade?

Portanto, geraria um caos social, pois ao transgredir e não garantir tal direito estaríamos diante de uma tremenda insegurança jurídica a ponto de prejudicar danos imensuráveis a vida do cidadão preso.

Por fim, quanto vale o direito à liberdade? E se este for cerceado de forma ilegal, como poderia ser restituído? Não existe palavras para responder tais questões.

5.4 A presunção de inocência como cláusula pétrea da Constituição Federal

A Constituição Federal, quando fora promulgada, em um momento pós-ditadura militar, traz em seu corpo cláusulas que durante a sua vigência não podem ser modificadas, mesmo que seja algo unânime entre os parlamentares.

Essa previsão veio justamente para fortalecer a Carta Magna e conseqüentemente a democracia no país, trazendo para tanto neste rol direitos aos quais a Assembleia Constituinte considerou indispensáveis para a convivência social.

Tal previsão se faz presente no Art. 60 da Constituição Federal, onde são tratadas as formas e possibilidade de emenda à Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O parágrafo quarto prevê que não pode ser objeto de alteração a proposta de que alguma forma possa abolir os direitos e garantias fundamentais, em sendo assim, todos os dispositivos presentes no Artigo 5º da Constituição Federal, são imutáveis, podendo para tanto serem acrescidos direitos e jamais retirados.

Dentre os longos incisos do Artigo 5º, está previsto o direito à presunção de inocência, conforme assim disposto:

Art. 5º 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: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] (BRASIL, 1988).

Assim, através de um texto claro, o legislador trouxe a previsão de que não existe culpa até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Portanto, enquanto não existir o trânsito em julgado, não há que se falar em culpa, isso é mais claro do que a luz do sol.

Em sendo assim, e, por tratar de uma cláusula pétrea é algo que não pode em hipótese alguma ser retirado, salvo se por uma convocação de uma nova Assembleia Constituinte.

5.5 O papel do judiciário na contenção de ações punitivistas de órgãos do Estado

O Judiciário é o poder da república responsável por intermediar as relações entre a sociedade e o Estado, bem o responsável por garantir a harmonia entre os poderes.

O Estado é um ser soberano e gigante diante de cada indivíduo, em sendo assim, se faz necessário que existam meios para proteger o cidadão que se vê defronte com tamanho poder, principalmente quando este se vê como um acusado em um processo criminal, onde parece que tudo e todos estão contra ele.

Neste sentido, existe o poder judiciário que vem como garantidor de preceitos legais para proteger a pessoa do acusado e punir somente sua conduta.

Diante da inexistência desse órgão controlador estaria a sociedade sem segurança jurídica alguma ou para ser mais claro a beira de um colapso de um Estado de exceção.

O judiciário é o contra peso da vontade popular, para evitar que se coloque em prática a Lei de Talião, bem como que se evite que a vontade do mais forte prevaleça perante o mais fraco.

Na democracia nunca deve predominar a Lei do mais forte, mas sim a paz social, fazendo que se não iguais, sejam as pessoas minimamente tratadas com equidade.

Justamente por isso o judiciário tem o papel muito importante de garantir que o Estado utilize sua força, poder e crueldade para punir, mas de maneira moderada e jamais cruel.

6 A PRISÃO PENAL APÓS CONDENAÇÃO POR ÓRGÃO COLEGIADO DE 2ª INSTÂNCIA

6.1 O Art. 283 do CPP

O Código de Processo Penal traz em seu corpo as regras do jogo as quais devem ser seguidas para que o acusado tenha um julgamento justo, bem como para que não seja colocado em prática julgamentos excepcionais, causando um dano irreparável no caminho da busca pela justiça.

O artigo 283 do CPP (BRASIL, 1941), quando este fora promulgado, tinha a seguinte redação: “Art. 283. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.”, portanto tratava as prisões de forma genérica sem qualquer especificação, reafirmando, para tanto, apenas o princípio da inviolabilidade do domicílio previsto no artigo 5º, XI, da Constituição Federal, tratando algo de tamanha relevância como uma norma penal em branco, trazendo margens para uma tremenda insegurança jurídica a mesma crítica que se vê hoje com o advento da Lei 13.869/2019 (Lei do abuso de autoridade).

Em 2011 o texto do Código de Processo Penal foi devidamente alterado, justamente buscando fazer com que fosse limitado a interpretação acerca do tema, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio. (BRASIL, 1941)

Com a nova redação a previsão do referido diploma legal, buscando consolidar cada vez mais a segurança jurídica no que concerne a tão tenebrosa prisão, tratada para muitos como regra quando deveria ser exceção, ficou ainda mais clara, trazendo para tanto em seu texto todos os tipos de prisões existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, ninguém poderá ser preso se não for diante de qualquer das prisões previstas no *caput* do artigo 283 do Código de Processo Penal, sob pena da ilegalidade da

prisão, devendo para tanto diante de tal ato ilegal, ser a prisão imediatamente relaxada pela autoridade competente.

Dentre estas previsões é tratada a possibilidade da prisão a partir do trânsito em julgado, em vista de uma sentença penal condenatória, mas desde que, esta tenha sido transitada em julgado, assim, podemos concluir que há a possibilidade de prisão diante de uma condenação criminal tão somente quando não houver mais possibilidade recursal e esta não seja passível de modificação, seja uma coisa imutável e consolidada.

Por fim, o que foi feito com a alteração ocorrida no ano de 2011, no artigo 283 do Código de Processo Penal, foi reunir as possibilidades de prisões antes esparsas por todo o Código em um único artigo, deixando claro a vontade do legislador de garantir que ninguém seja preso por qualquer motivo, limitando sim o judiciário, mas para que este não torne a prisão como uma regra processual, mas seja utilizada somente em casos excepcionais, tendo em vista a invasão na vida de qualquer cidadão que tem sua liberdade cerceada por qualquer motivo.

6.2 Entendimentos recentes do STF acerca da temática

O STF desde a promulgação da Constituição Federal em vigência, em 1988, tem a função de guardar a Carta Magna, conforme disposto no caput do artigo 102 ((BRASIL, 1988): “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”, sendo a partir desta afirmação a Suprema Corte a “Guardiã da Constituição”.

No sentido de guardar a Carta Magna, o Supremo realiza o controle de constitucionalidade, em sendo assim, por algumas ocasiões mudou o entendimento acerca da execução provisória da pena a partir de julgamento de casos cujos resultados tiveram, na prática, efeitos *erga omnes*, ou seja, a decisão tem efeito vinculante, pois os Tribunais de todo o país assim trataram a decisão e aderiram ao posicionamento.

Até o ano de 2009 o posicionamento do Supremo que vigorava era de que a execução provisória da pena era permitida a partir da decisão de órgão de segunda instância, mesmo diante da ausência do trânsito em julgado definitivo da ação. Porém, sabiamente no referido ano a Suprema Corte mudou seu entendimento trazendo para tanto uma consolidação de um direito constitucional que trata da presunção de inocência. O entendimento firmado à época traz o preceito de que antecipar a pena é o mesmo que se antecipar a culpa sendo algo impossível de não ser associado.

Porém, no ano de 2016, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 126.292 a Suprema Corte mudou seu entendimento, passando a se posicionar a favor da execução provisória da pena, levando-se em consideração que a fase probatória se encerra ali. Liminarmente, havia sido concedido o direito do paciente do referido HC recorrer em liberdade, pelo até então Ministro Teori Zavascki, porém ao ir para votação em plenário, com a mudança de posicionamento inclusive do relator, sendo que o mesmo havia concedido a liminar, o pleno por sete votos a quatro negou o direito do réu recorrer em liberdade e determinou seu imediato recolhimento e que sua pena fosse executada de forma provisória mesmo sem o trânsito em julgado definitivo, segundo o Ministro, os recursos cabíveis em instâncias extraordinárias não discutem mais fatos e provas, apenas matéria de direito, conforme trecho do voto proferido pelo Ministro Relator:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se 258 Princípio da presunção de inocência prestam ao debate da matéria fático-probatória. (BRASIL, 2016)

Sendo portanto acompanhado pela maioria dos Ministros, foi denegada a ordem pelo pleno e a partir da referida decisão e por ter sido reconhecida a repercussão geral de forma indireta, é permitida a execução provisória da pena para os condenados em segunda instância o que vem sendo aplicado pelos Tribunais, ainda que pendentes de recursos em instâncias superiores.

6.3 As ADC's 43 e 44

O Controle de Constitucionalidade exercido pela Suprema Corte é de tamanha importância que não são apenas as Leis que estão sujeitas a esse controle, mas todo e qualquer ato inerente à administração pública seja do legislativo, judiciário ou executivo, neste sentido leciona o doutrinador Pedro Lenza fazendo referência ao entendimento aplicado pelo Supremo Tribunal Federal:

Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. (LENZA, 2012, p. 129)

Portanto, o legislativo não detém o monopólio de editar normas, mas apenas parte delas.

Utilizando-se desse meio constitucional e com as decisões acerca do tema, bem como a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal de algo já pacificado sem que tenha surgido nenhum fato de grande relevância que se justificasse a transição, o Partido Ecológico Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressaram com Ação Declaratória de Constitucionalidade, ambos com legitimidade para tanto, visando fazer com o que o Supremo declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, ambas receberam respectivamente os números 43 e 44, o PEN defende que antes de qualquer coisa ou mudança de posicionamento acerca do tema o Supremo deveria ter se posicionado sobre a constitucionalidade do referido artigo, conforme reportagem do site de notícias do STF:

O PEN sustenta que a reformulação da jurisprudência ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP, introduzido em 2011, que estabeleceu a necessidade de trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento da pena. O partido argumenta que a decisão é incompatível com a norma do CPP e, por este motivo, para fixar o parâmetro segundo o qual a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, o STF teria que ter declarado sua inconstitucionalidade.

Em caráter cautelar, o partido pede que não sejam deflagradas novas execuções provisórias de penas de prisão e que sejam suspensas as que já estiverem em curso. O partido também pede que, até o julgamento da ADC 43, sejam libertadas as pessoas que estão encarceradas sem decisão condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 2016)

E, ainda, solicita que subsidiariamente que a execução provisória da pena em forma de prisão seja substituída, se necessário, por restritivas de direito previstas no Artigo 319 do Código de Processo Penal:

Subsidiariamente, caso o primeiro pedido seja indeferido, requer que seja dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do CPP para determinar, até o julgamento final da ação, a aplicação das medidas alternativas à prisão previstas no artigo 319 do CPP em substituição ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância.

Ainda subsidiariamente, o partido pede que, se os pedidos cautelares anteriores não forem acolhidos, seja realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 637 do CPP, restringindo, enquanto não for julgado o mérito desta ação, a não produção do efeito suspensivo aos recursos extraordinários, e condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo STJ quando houver a interposição do recurso especial. (BRASIL, 2016)

A OAB, no mesmo caminho, alega a clara violação ao princípio constitucional de presunção de inocência, bem como a omissão em relação ao Artigo 283 do Código de Processo Penal, em sendo assim, solicita que diante da ausência de manifestação quanto à constitucionalidade ou não do referido diploma que seja o mesmo aplicado pelos Tribunais, pois de forma tácita o mesmo continua válido, conforme reportagem do sítio do STF:

A OAB alega que a decisão no HC 126292 tem gerado um “caloroso debate doutrinário” e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, o que, conforme a entidade, pode ameaçar a segurança jurídica além de restringir a liberdade do direito de ir e vir. Observa que, apesar da decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo país passaram a adotar posicionamento idêntico, “produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”, o que viola a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97, da Constituição Federal, e na Súmula Vinculante 10, do STF. A OAB alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 283 do CPP, tal omissão leva à conclusão de que o dispositivo permanece válido e, portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Por isso, pede a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, com base no HC 126292, ignoraram o disposto no artigo 283 do CPP. No mérito, o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia erga omnes [para todos] e efeito vinculante. (BRASIL, 2016)

Após a distribuição da segunda ADC, o Ministro Relator Marco Aurélio, determinou que ambas fossem apensadas para a análise em conjunto.

O julgamento das ADC's teve início em 01 de setembro de 2016, sendo, após o voto do eminente Relator, tendo este votado pela concessão da liminar, suspenso. No dia 02 de setembro, portanto, no dia seguinte, o Ministro Edson Fachin divergiu do posicionamento do Relator e votou pelo indeferimento da liminar. Seguido pela maioria dos demais Ministros com um placar de seis votos a cinco, prevaleceu a divergência levantada pelo Ministro Edson Fachin, tendo o STF assim reafirmado o entendimento que havia prevalecido no *Habeas Corpus* nº 126.292.

Porém, até hoje, o tema não foi julgado em forma definitiva pelo pleno do Supremo, e conforme sustenta a OAB isso somente tem gerado um caos no sistema jurisdicional brasileiro sem nenhuma segurança jurídica.

6.4 Aspectos midiáticos sobre a prisão automática de personalidades após condenação por órgão colegiado

Ao julgar o *Habeas Corpus* 126.292, um dos argumentos utilizados pelos Ministros era de que não permitir que a execução provisória da pena fosse após a decisão de segunda instância, estaria a Suprema Corte contribuindo para a impunidade principalmente no que concerne os crimes do colarinho branco. Argumento este utilizado principalmente pelo Ministro Luis Roberto Barroso, conforme os dois trechos do seu voto abaixo:

[...] 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. (BRASIL, 2016)

Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. (BRASIL, 2016)

Acontece que de forma equivocada os Ministros ignoraram o HC que estava sendo apreciado naquele momento, pois o referido *Habeas Corpus* era de um acusado que responde o processo e é defendido pela Defensoria Pública.

Marcos Rodrigues Dantas é o nome do acusado de um roubo no Estado de São Paulo, Marcos é negro, pobre, de família humilde e em momento algum fez ou faz parte da Elite brasileira.

Portanto, cai totalmente por terra o argumento de que a execução provisória da pena sem o trânsito em definitivo beneficiária somente políticos e pessoas da elite, pois hoje a Defensoria Pública é muito bem estruturada e todos tem acesso a um ótimo advogado, mesmo que este não disponha de condições para tanto.

Certo é que considerando a violação clara ao preceito constitucional muitas personalidades foram presas sem que houvesse a devida necessidade ou se justificasse tal ato, sendo para tanto o argumento de alguns Ministros, bem como a utilização de uma condenação em segundo grau para prender qualquer acusado, infelizmente, apenas uma resposta para o clamor social.

O STF jamais deve se pautar somente pela vontade popular ele é, e deve ser o guardião da Constituição, bem como não é órgão para atender esse anseio e a partir disso rasgar a vontade do Constituinte Originário com base no clamor social, atalhos judiciais são mortais para o devido processo legal.

Muitas personalidades foram presas nesses últimos anos, dentre elas o ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha e a personalidade mais importante presa no Brasil até hoje o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, o que nunca antes na história desse país havia ocorrido.

A prisão de Lula é algo que tem total relação com a execução provisória da pena após decisão de órgão colegiado, pois não existiam outras justificativas para que se aplicasse qualquer das demais prisões nem mesmo a prisão preventiva.

Hoje, Lula está preso há pouco mais de um ano, mas seus recursos ainda estão sendo analisados pelas Cortes Superiores, portanto não há o trânsito em julgado de forma definitiva.

E o mais chocante, antes do trânsito em definitivo surgiram alguns vazamentos de mensagens de atores do processo que o mantém preso até então. Dentre eles, fatos que podem anular todo o processo, pois há grandes indícios de que o Juiz que presidia o processo pode de forma indireta ter “conduzido” toda a investigação criminal, perdendo assim a coisa mais importante que o julgador deve preservar, qual seja, a sua imparcialidade.

A partir destes fatos o processo pode ser completamente anulado e isso é matéria processual objeto de recursos aos Tribunais superiores que estão ainda sendo processados.

Diante de uma anulação, o que pode ocorrer, o Estado estaria diante de um mal irreparável, a história de Lula é a mesma de muitos presos provisórios.

No período em que o ex-presidente está tendo sua pena executada de forma provisória ele perdeu um irmão e um neto, mas o mais grave, perdeu a oportunidade de conviver de forma plena com essas pessoas próximas em seus últimos momentos.

Além disso, político de grande popularidade como todos sabem, não pôde participar das eleições barrado pela Lei da ficha limpa, que de certa forma é uma ‘execução’ indireta da pena também sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado de forma definitiva.

Hoje, o Juiz que presidiu o processo é Ministro da Justiça de um governo de ideias opostas a Lula e este mesmo Juiz que mandou prendê-lo.

O caso de Lula é algo que traz no mínimo uma reflexão, como o Estado diante de uma anulação poderia recompensá-lo? Como devolver os dias em que ele ficou preso? É possível restabelecer essas vivências em que ele perdeu? Ou indo adiante, é possível mudar o rumo da história daquilo que teria outro curso se este não tivesse preso?

São questões realmente intrigantes, pois existem milhares de “Lulas” e “Marcos” na mesma situação e assim como a história de ambos a prisão é um caminho sem volta, não pode de forma alguma ser recompensada.

O acesso a recursos hoje é para todos, portanto não há que se colocar o argumento de que a justiça é só para os pobres, mas não é tolhendo direitos que à alcançaremos, e ainda mais importante, mesmo que fosse somente para punir os acusados do colarinho branco, jamais o judiciário deve esquecer das Leis e se basear somente pela capa dos autos.

6.5 A leitura a ser feita à partir da Constituição Federal de 1988

A Constituição Brasileira é clara quando trata do princípio da presunção de inocência, ela considera que ninguém, mas ninguém mesmo, seja rico ou pobre, branco ou negro, indígena ou não, deve ser considerado culpado sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em um Estado Democrático de Direito, o mínimo que se deve ter é a garantia de princípios constitucionais, tendo em vista que a Constituição é a base para a democracia no sistema brasileiro.

Neste sentido vale apresentar mais uma vez o texto constitucional de 1988 que trata do princípio da presunção de inocência:

Art. 5º 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: [...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;[...] (BRASIL, 1988).

Trata-se, portanto, de um texto livre de interpretações ambíguas ou que tenha a necessidade de se aplicar a hermenêutica, em sendo assim, não há que se falar em culpa sem o trânsito em julgado.

Assim, o STF deve, imediatamente, enquanto guardião da Constituição Federal retomar o entendimento acerca do tema e considerar o referido diploma legal e garantir o preceito fundamental de presunção de inocência.

Conforme afirma Montesquieu em sua obra (MONTESQUIEU, 1993) “O espírito das Leis”: “quando a inocência dos cidadãos não é assegurada, a liberdade também não o é”.

Tendo prejuízo claro a liberdade, pode-se concluir que assegurar o direito à presunção de inocência é o mesmo que garantir o direito à liberdade, e garantindo o direito a liberdade é automaticamente consolidada a continuidade do Estado Democrático de Direito.

A prisão e a culpabilidade é algo impossível de não se associar, pois não há que se falar em prisão sem culpa, portanto ao permitir a prisão o STF relativiza sim o princípio da presunção de inocência.

O recurso é o mesmo que voltar a caminhar, fazer o caminho novamente, portanto por mais que as instâncias superiores não apreciem a matéria probatória em si, são avaliados os caminhos que foram seguidos para se chegar a prova consolidada

Recurso é o mesmo que pegar o caminho e utilizar uma ponte para chegar ao seu destino, ou seja, segue-se pela ponte chamada Lei e para encontrar o seu destino que é a Justiça.

E ao voltar por esse caminho as instâncias superiores, diante de uma violação às normas processuais, encontram uma ponte totalmente danificada e sem condições de ser

percorrida, sendo necessário para tanto que se volte ao início não existindo nada daquilo que derivou daquela ponte perdendo todos os frutos a partir daquele momento.

Portanto deve o Supremo voltar ao seu posicionamento consolidado em 2009 e garantir que a execução provisória da pena seja somente após o trânsito em julgado definitivo, pois o trânsito em julgado é o mesmo que garantir a presunção de inocência e o mais importante garantir que a cláusula pétrea da Constituição Federal brasileira seja aplicada na prática, e jamais acrescentar entrelinhas no texto constitucional que já é claro essa não é a função do Supremo Tribunal Federal.

Deve o Supremo refletir justamente por uma situação ocorrida recentemente entre o Ministro Gilmar Mendes e o ex-Procurador Geral do Ministério Público Rodrigo Janot, o ex-Procurador cogitou assassinar o Ministro do Supremo Tribunal Federal, isso é alarmante.

Porém o que ocorreu diante de um Ministro do Supremo Tribunal Federal pode ocorrer com qualquer cidadão que seja réu em um processo criminal. O ser humano é falível e desta falibilidade surgem atos realmente repugnantes.

Como o Ministro mesmo lamentou em uma entrevista:

[...] o fato de que, por um bom tempo, uma parte do devido processo legal no país ficou refém de quem confessa ter impulsos homicidas, destacando que a eventual intenção suicida, no caso, buscava apenas o livramento da pena que adviria do gesto treloucado. Até o ato contra si mesmo seria motivado por oportunismo e covardia. (MENDES, 2019)

Partindo da crítica do Ministro, que por pouco não perdeu sua vida através do ódio do Representante do cargo máximo do Ministério Público, o devido processo legal fica nas mãos dessas pessoas, que podem não matar efetivamente os acusados, mas têm o poder para aos poucos tirar sua vida pelos meios processuais, claro que isso não é regra, são casos excepcionais, mas diante da possibilidade de ocorrência deve se cada dia diminuir essas possibilidade e isso está diretamente ligado às possibilidades de recursos.

O devido processo legal deve ser imediatamente restabelecido e a garantia à recursos seja como sempre deveria ser, para todos e até a última instância, sem qualquer distorção neste intercurso cerceando a liberdade do cidadão na ganância de se fazer justiça.

7 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal deve assegurar a aplicação da norma constitucional no sentido de garantir a presunção de inocência até o trânsito em julgado de forma definitiva.

Do contrário quem deveria guardar a Constituição Federal, está se tornando legislador e deixando a Carta Magna de lado para atender aos anseios sociais da pior forma legislando sobre cláusulas imutáveis.

Diante da ilegalidade da execução provisória da pena após decisão por órgão colegiado de 2ª instância sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, à luz do artigo 283 do CPP, bem como diante de sua inconstitucionalidade à luz do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser garantido a todo e qualquer cidadão o devido processo legal.

Concluimos assim que deve ser garantido o devido processo legal na busca pela justiça, primando-se para os respeito às normas e as regras do jogo.

Se não bastassem a ilegalidade e a inconstitucionalidade desse tipo de prisão, o estudo exige um maior aprofundamento quanto ao que é, e para que a justiça está sendo utilizada.

Surgem vários problemas fáticos a partir desta interpretação ambígua da Suprema Corte, dentre eles:

1 - O reconhecimento em grau de recurso a instâncias superiores do privilégio no crime de tráfico de drogas, podendo o indivíduo ter sua pena reduzida, situação que pode interferir diretamente no regime inicial do cumprimento de pena.

2 - Em instâncias superiores constata-se que não foram respeitadas as regras para a fixação da pena, reduzindo-a para um patamar inferior ao antes fixado pelas 1ª e 2ª instâncias, o que causaria um problema direto na progressão de regime do acusado com prejuízos com possíveis cumprimentos de pena em regime mais gravoso.

3 - Dúvida quanto ao momento para se admitir a revisão criminal, tendo em vista que o entendimento na atualidade é que esse reexame poderá ser requerido, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém esse novo entendimento do Supremo deixa outra dúvida, quando deverá ser requerida a revisão criminal, após a decisão de 2ª instância?

4 - A fixação de indenização decorrente de crimes, de acordo com o artigo 63 do Código de Processo Penal, a referida indenização poderá ser executada a partir do trânsito em julgado, portanto a partir da decisão de 2ª instância?

5 - Por último, a forma em que a pena é executada, pois além de cercear a liberdade do cidadão muitas por maneiras descabidas de forma mais gravosa, traz para o cidadão um cumprimento de pena superlotados. O Estado não é auto suficiente nem mesmo para garantir vagas para os presos definitivos, porém fecha os olhos para esta situação e acrescenta uma demanda ainda maior ao sistema carcerário executando a pena de forma provisória, quebrando totalmente a função da pena.

Todos esses pontos são cruciais ao se questionar sobre o cabimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, causando prejuízos sociais, financeiros e à liberdade, todos eles praticamente impossíveis de serem recompensados após o perdimento com o tempo.

É unânime à todo e qualquer cidadão o anseio na busca pela justiça, mas este sentimento nunca deve ser o único norteador dos ideais no meio da justiça, os meios para se buscar a justiça, jamais devem justificar o fim.

Justiça é algo realmente que nos deixa contente, mas que a felicidade seja plena deve ser um sorriso livre de qualquer vício ou qualquer ato ilegal.

Após a entrega do presente trabalho o Supremo Tribunal Federal em julgamento das ADC's 43, 44 e 56 declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, proibindo, portanto, a execução provisória da pena à luz do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Assim, o Supremo cumpriu o seu papel constitucional de guarda à Carta Magna e restabeleceu o direito à presunção de inocência permitindo a execução da pena somente após o trânsito em julgado de forma definitiva, salvo, ainda, as prisões cautelares como único meio de acautelamento no curso do processo.

A partir da decisão da Suprema Corte, que veio diretamente ao encontro da temática defendida no presente trabalho, ratifico todos os pontos aqui defendidos, bem como reconheço a grandeza da decisão proferida pela Suprema Corte que não poderia tomar posicionamento mais sábio e porque não dizer mais claro do que o presente.

Por fim, enalteço a decisão e registro minha satisfação por ter defendido um tema cujo problema não mais existe e foi reconhecido por pessoas de notórios conhecimentos jurídicos.

Satisfação maior do que defender algo que necessita de defesa como estava sendo as violações aos direitos constitucionais, é reconhecer que embora o trabalho tenha perdido sua crítica principal, não há mais a essência da violação constitucional, ou seja, não é sacrifício nenhum para minha pessoa, pois mais do que esse trabalho é a importância da pacificação da temática para o meio social.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1998.

_____. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. tiro - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 4. ed Martin Clared Ltda., 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário De Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte geral, 1 / Cezar Roberto Bitencourt**. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão - Causas e alternativas**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26.jun. 2019.

_____. **Código Penal de 1940**. Decreto Lei 2848. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>

_____. **Código de Processo Penal de 1941**. Decreto Lei 13.689. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del13689compilado.htm>. Acesso em 26. jun. 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 26.jun.2019.

_____. **ADPF 347 MC/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm> - Acesso em: 09.set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Paciente: Marcos Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 26.set.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Revolução Francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil**. Notícias STF. Brasília, 13 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843>>. Acesso em: 03. jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Igualdade perante a lei, sem preconceitos de raça, gênero, crença, origem e opção sexual**. Notícias STF. Brasília, 13 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110841&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03. jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **CF 30 anos: Como ocorreu a aprovação da Constituição Federal de 1988**. Notícias STF. Brasília, 01 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391400&caixaBusca=N>>. Acesso em: 03. jul. 2019.

_____. _____. **Ações pedem reconhecimento de norma do CPP que trata da presunção de inocência**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>>. Acesso em: 26.set.2019

CICONELLO, Alexandre. **A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil**. in From PoverPower: How Active Citizens and Effective States Can Change the World, Oxfam nternational - Oxfam International Junho de 2008;

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal, Parte Geral, Tomo I**. 2ª ed., 2ª reimp. Coimbra Editora, 2012.

DOMINGUES, Joelza Ester. **Iluminismo: liberdade de pensamento e expressão**. 2015. Disponível em: <<https://ensinarhistoriajoelza.com.br/iluminismo-liberdade-de-pensamento-e-expressao/>> - Acesso dia 26/06/2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

G1. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 11.set.2019.

INCONFIDÊNCIA MINEIRA. **Só História**. Virtuuous Tecnologia da Informação, 2009-2019. Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/ef2/inconfidencia/>>. Acesso em: 26.jun.2019

JAKOBS, Gunther, e MELIA, Manuel Cancio, **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. org. e trad. AndreLuis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado. parte geral**. vol.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2011.

MENDES, Gilmar. **Gilmar responde a Janot: "Recomendo que procure ajuda psiquiátrica"** Disponível na internet em : <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/27/gilmar-responde-a-janot-recomendo-que-procure-ajuda-psiquiatria.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso dia 30.set.2019

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRZA, Flávio. **Revista eletrônica de direito processual** – periódico semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, volume V, Rio de Janeiro: 2010

MONTESQUIEU, C. de S. B. de. **O Espírito das Leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2008

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A Terceira Velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo', Dissertação (Mestrado)** - Direito Penal Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal: o valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PASTORE, José. **Trabalho para ex-infratores**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., São Paulo : Saraiva, 2013.

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL – periódico semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, volume V, Rio de Janeiro: 2010, disponível em <http://www.redp.com.br/> - Acesso em 21.ago.2019

REIS FILHO, Daniel Arão. **Ditadura Militar, esquerdas e sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal como ultima ratio**. 2009. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 26/06/2019.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

SABADELL, Ana Lúcia. **Estudos de execução criminal: direito e psicologia**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.