

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Márcio Augusto Gervásio Rioli¹
Pablo Viana Pacheco²

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Penal, nos trouxe diversos avanços, como o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), com origem na Magna Carta(1215). Um dos princípios elencados pela nossa constituição, além de muitos outros, é o da presunção de inocência, elencado no Art.5º, inciso LVII da Constituição Federal “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Porém, alguns tribunais superiores começaram a expedir mandado de prisão, e após algum tempo, em algumas súmulas o STF passou a declarar constitucional a possibilidade, não a obrigação, da prisão em segunda instância. O presente artigo busca discorrer sobre esse tema muito discutido nos meios jurídicos a séculos, sobre a possibilidade da prisão antes do trânsito em julgado, por meio de jurisprudências, súmulas, pesquisas na legislação e concluir sobre o que é mais importante, o princípio da presunção de inocência ou controlar o “backlash”(reação da sociedade a uma decisão) que pode ser causado pelo sentimento de impunidade na sociedade brasileira.

DADOS

Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça, existem atualmente 622.202 presos no país. Segundo levantamento realizado pela equipe do projeto Supremo em Números da FGV Direito Rio, a expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional (3.460 novos presos). Longe, portanto, de

¹ Acadêmico do 2º período do Curso de Direito-UNIFENAS-Campus em Alfenas.

² Orientador. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP, Mestre em Direito Do Estado pela Universidade de Coimbra- Portugal, Graduado em Direito pela UNIFENAS-Alfenas-MG, Professor de Direito pela UNIFENAS-Campus de Alfenas-MG. Contatos(35) 8416-2734 email: pablo.viana@hotmail.com

previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância. Hartman et al. (2016)

DESENVOLVIMENTO

Atualmente em nosso ordenamento, a prisão pode ser aplicada com ou sem o trânsito em julgado.

Em respeito ao princípio da presunção de inocência, o STF em sua súmula vinculante 11, diz que só é lícito o uso de algemas em casos de perigo, resistência ou fuga

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (BRASIL, 2008).

Embora tenhamos essa decisão favorável ao princípio da presunção de inocência, temos também a tese de repercussão geral, no ano de 2016 o STF decidiu ser constitucional o mandado de prisão expedido em grau recursal, mesmo cabendo recurso especial ou extraordinário.

Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do STF no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da CF (BRASIL, 2016).

A prisão cautelar respeita o princípio da taxatividade, mas não da presunção de inocência, sobre esse assunto há um precedente do STF

Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil (BRASIL, 2009).

Em uma visão oposta ao posicionamento da Suprema Corte, Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró, em um parecer sobre o tema frisaram que a Constituição é “uma carta escrita pelo constituinte, e não uma folha em branco”; e sobre o STF, “é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas” (2016, p.17).

AS FUNÇÕES (OU PAPÉIS) DA CORTE CONSTITUCIONAL

Conformes elencado por Pedro Lenza, segundo Luís Roberto Barroso, ministro do STF, a Corte Constitucional tem três funções principais: a contra majoritária, a representativa e iluminista

A função contra majoritária se caracteriza pelos integrantes do STF não serem escolhidos diretamente pela população, tendo que guardar a constituição e podendo anular leis aprovadas pelos representantes do povo

A função representativa é caracterizada pelo sentimento de que a corte representa a vontade da população. Esse sentimento surge a partir da crise de legitimidade da câmara, da qualificação técnica dos julgadores, da vitaliciedade dos cargos, da inércia e da motivação das decisões

Já a função iluminista tem esse nome, pois diversos avanços foram concretizados a partir da razão, contra o senso comum e majoritário da sociedade e também contra as normas vigentes.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS JUSTIFICATIVAS DE DECISÕES

O pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) que vem sendo inserido em nosso sistema jurídico tem 3 características fundamentais:

1. A aplicação da carga axiológica da constituição, com ênfase na dignidade humana e dos direitos fundamentais.
2. A reaproximação da moral e da ética para a aplicação da justiça.

3. Um novo conceito de normas, se opondo ao positivismo, ou seja, indo contra a ideia de que regra é norma e os princípios serviam apenas para completar lacunas da lei. Já ativismo jurídico o princípio tem força de norma e regra.

Outro ponto que é necessário ser destacado é o fundamento legal para a manifestação jurídica de direitos não positivados, o parágrafo 2º do Art. 5º da Constituição Federal, que diz que não são excluídos de nosso ordenamento jurídico os direitos advindos do regime político adotado (democracia) e dos princípios adotados pela constituição

Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

CONCLUSÃO

Com base no que está supracitado, vemos que com a prisão sendo possível antes do trânsito em julgado não acarretará uma crise ao sistema prisional, tendo ainda um benefício para a sociedade, evitando um “backlash” de revolta na sociedade, pelo sentimento de impunidade.

Sem dúvidas, a prisão antes do trânsito em julgado afronta o princípio da presunção de inocência se usarmos a interpretação literal-gramatical, mas essa não é a interpretação usada pelo STF, que leva em conta diversos fatores.

Sobre a possibilidade da prisão ser aplicada, a constituição não é o que está positivado, mas sim o que o Supremo Tribunal Federal diz ser, isso se evidencia pelas funções da suprema corte e pelo neoconstitucionalismo.

Porém, fica evidente que o STF tem uma visão bem consolidada a respeito desse tema, exteriorizando-se em seus papéis, elencados por Barroso.

Sobre o parecer do STF no tema exposto:

1. O papel contra majoritário se evidencia por ir contra o texto escrito de uma constituição promulgada.

2. O papel representativo, pois com a grande demanda de processos chegando ao judiciário, demoram para serem transitados em julgado, podendo gerar um sentimento de impunidade na sociedade em caso da demora.
3. O papel iluminista, por ir contra o senso comum dos juristas, que em sua grande maioria tem uma ideologia positivista.

Portanto, conclui-se que as decisões favoráveis à prisão antes do trânsito em julgado são possíveis, baseando-se nos valores da sociedade, na segurança pública e na legitimidade conferida aos tribunais pelo novo conceito de constitucionalismo, conferindo-lhes autonomia para dizer que preenchendo os requisitos legais, a prisão antes do fim do devido processo legal não atenta contra o princípio da presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 set. 2019.

HARTMAN et al. 2016. **O Impacto No Sistema Prisional Brasileiro Da Mudança De Entendimento Do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução Da Pena Antes Do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp - Um Estudo Empírico Quantitativo**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802> Acesso em: 8 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury e BADARÓ, Gustavo. **Parecer sobre Presunção de Inocência**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf> Acesso em: 9 set. 2019.