



RESTRIÇÃO À LIBERDADE NO ÂMBITO CRIMINAL: LIMITES DA PRISÃO PREVENTIVA E DA PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA NO PROCESSO PENAL

Fernando Wallace Ferreira Pinto

Mestrando em Direito (UFRN). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (UNIRN). Bacharel em Direito (UFRN). Bacharel em História (UFRN). Pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal (UNIRN). Atualmente integrante do grupo de pesquisa "O Direito Criminal como corpo normativo construtivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva", sob a coordenação do professor Dr. Walter Nunes, no âmbito da UFRN.

RESUMO

Este trabalho tem o escopo de analisar os limites de intervenção na liberdade individual em face da aplicação dos institutos jurídicos da prisão preventiva e prisão após segunda instância. A problemática de tais medidas jurídicas é atual, sobretudo tendo em vista os casos de cerceamento da liberdade dos ex-presidentes da República Federativa do Brasil: Michel Temer e Luiz Inácio Lula da Silva. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 engendrou relevo na proteção aos direitos fundamentais, com o direito de liberdade positivado de modo analítico, assegurando a todos o direito de liberdade e permitindo, apenas excepcionalmente, sua supressão antes da condenação definitiva. Em tais circunstâncias, surge a imperiosa necessidade de uma abordagem dogmática em torno do direito de liberdade e seus limites diante de sua flexibilização pelo Estado, utilizando-se, para tanto, de uma metodologia hipotético indutiva, com abordagens concretas e considerações em torno de tais institutos.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Prisão após a segunda instância. Limites.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os contornos limítrofes à intervenção estatal no direito de liberdade, considerando-se os institutos da prisão preventiva e da prisão após a segunda instância, diante da atualidade de tais medidas jurídicas, sobretudo em face dos casos de cerceamento da liberdade dos ex-presidentes da República Federativa do Brasil: Michel Temer e Luiz Inácio Lula da Silva.

Para a realização do presente texto, foi procedida a pesquisa em termos dogmáticos a

respeito do tema, ou seja, estudos atinentes ao posicionamento da doutrina especializada ou Ciência do Direito, bem como feita pesquisa em relação aos casos concretos dos ex-presidentes Michel Temer e Luiz Inácio Lula da Silva.

Diante do Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constata-se a proteção aos direitos fundamentais, com o direito de liberdade positivado de modo analítico, sendo garantido a todos o direito de liberdade, e, apenas excepcionalmente, como medida processual, o ordenamento jurídico permite a supressão do direito de liberdade antes da condenação definitiva, sem que se caracterize violação ao princípio da presunção de não culpabilidade.

É de se destacar o posicionamento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal com a retomada, no ano de 2016, do entendimento anterior ao ano de 2009 de que a presunção de inocência se mantém até a sentença condenatória, bem como diante do julgamento de segundo grau, ocorre a preclusão da matéria fática, e se encerra a jurisdição de partes.

Assim, diante de tais premissas, e considerando o critério da proporcionalidade como limite material ao poder estatal de restringir uma área de proteção de um direito fundamental, o presente trabalho procurou analisar as prisões preventivas que foram aplicadas ao ex-presidente da República Michel Temer, a fim de averiguar eventuais vícios nas decisões aplicadoras da prisão processual do ex-presidente em referência. Igualmente, no que se refere ao caso da prisão após a segunda instância do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, o trabalho teve por escopo verificar se existe alguma questão jurídica que macule o processo penal sob o ponto de vista da aplicação do cumprimento provisório da pena.

2 ESPÉCIES DE INTERVENÇÃO NA LIBERDADE INDIVIDUAL: AS PRISÕES

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existem diversos tipos de institutos que refletem seus efeitos diretamente na liberdade individual. Dentre esses institutos, a análise do presente trabalho se volta para as prisões. O cerceamento da liberdade individual por meio das prisões é o mais direto e gravoso possível, dentro do sistema jurídico brasileiro, a um indivíduo, além de serem institutos antigos no Brasil, conforme se verá no tópico atinente ao princípio da liberdade.

Dentro da moldura das prisões, atualmente, existem diversas espécies, tais como: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva. Cabe ainda salientar a chamada

prisão após a segunda instância, que se trata do cumprimento provisório da pena imposta por decisão condenatória exaurida em segundo grau de jurisdição, mesmo que pendentes eventuais recursos interpostos às vias extraordinárias (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

A prisão em flagrante, na disciplina inicial do Código de Processo Penal (CPP), nas hipóteses de crimes inafiançáveis, detinha o condão de cercear a liberdade do indivíduo durante todo o curso do processo penal (independentemente de estarem presentes, ou não, os fundamentos para a decretação da prisão preventiva). Nessa sistemática da redação originária do CPP, o magistrado tinha apenas o compromisso de examinar a legalidade da prisão em comento, pelo que, devidamente atendidos os termos formais do Código de Processo Penal, deveria o juiz mantê-la, mediante decisão homologatória da prisão em flagrante delito.

É de se salientar, ainda, no que se refere à prisão em flagrante, que nos casos dos crimes inafiançáveis não havia a previsão de concessão da liberdade provisória. No sentido da liberdade do indivíduo, o magistrado poderia apenas decretar o relaxamento da prisão, em face da existência de vício de ilegalidade na forma como se deu a prisão em flagrante.

Contudo, houve um abrandamento no instituto da prisão em flagrante, por meio da Lei nº 6.416, de 1977, a qual inseriu um parágrafo único ao art. 310 do CPP, determinando que, em todos os casos de prisão em flagrante. Caso o juiz não verificasse a presença dos fundamentos que autorizavam a decretação da prisão preventiva, deveria, após ouvir o Ministério Público, conceder, independentemente de pagamento da fiança, a liberdade provisória ao preso. Com isso, a legalidade da prisão em flagrante deixou de ser fundamento para a manutenção da pessoa no cárcere, servindo apenas para validade da captura de quem era pego no momento da prática do ilícito.

Por essa razão, no presente trabalho, não se analisará a prisão em flagrante, posto que tal instituto, atualmente, é adequado e controlável no ordenamento jurídico brasileiro vigente por meio das audiências de apresentação, ou como alguns designam: “audiências de custódia”.

A prisão temporária, cabe destacar, conforme preleciona Walter Nunes (2015, p. 591), foi fruto de uma modificação no sistema de prisões promovida pelo legislador infraconstitucional após a edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual criou um tipo de medida cautelar prisional, designada de prisão temporária, por meio da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. A preocupação do legislador, consignada na exposição de motivos da lei em referência, foi suprir a lacuna deixada pela revogação da incomunicabilidade (no art. 21, *caput* e parágrafo único, CPP), em virtude do art. 136, §3º, IV,

da Constituição.

O legislador, dissociado do paradigma constitucional, manteve aquilo que Walter Nunes denomina de “cultura da prisão” e, por linhas transversas, a lógica do sistema: ou tudo, a prisão, ou nada, a liberdade.

Ainda, merece registro que existiram, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas outras espécies de prisão, a saber: prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível. Tais espécies já sofreram substanciais modificações, tais como em face da Lei nº 5.941, de 1973, que modificou as redações do arts. 408, § 2º, e 594, *caput*, do Código de Processo Penal, positivando que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente deveria ser decretada nas hipóteses em que o acusado for considerado de maus antecedentes ou for reincidente. A lei em referência alterou, ainda, o *caput* do art. 596, a fim de ressaltar, em sua redação, que a apelação da sentença absolutória, por parte do Ministério Público, não poderia afetar a colocação do réu imediatamente em liberdade, haja vista que, anteriormente à vigência da lei em comento, na hipótese de interposição de recurso de apelação pelo ente acusador, um dos efeitos seria o recolhimento do apelado à prisão.

Sobre tais espécies de prisão (prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível), calha ainda consignar a modificação decorrente da chamada “Reforma Tópica de 2008”, conforme anota Walter Nunes (2019, p.45), que abrandou a intervenção no direito de liberdade, positivando a necessidade de fundamentos para a decretação da prisão preventiva para eventual imposição de prisão ao acusado pronunciado ou condenado. Assim, não existe interesse de analisar tais espécies no presente trabalho de maneira analítica, porquanto devidamente adequadas ao ordenamento jurídico engendrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A prisão preventiva e a prisão após a segunda instância, pelo que se expôs, são as espécies de intervenção na liberdade individual que serão analiticamente abordadas no presente trabalho, diante das oscilações em torno de seus teores e as problemáticas nas suas aplicações.

2.1 A prisão preventiva

O instituto da prisão preventiva pode ser aplicado no curso da investigação policial ou do processo penal, inclusive após a sentença condenatória passível de recurso, devendo a decisão judicial que a decretar ser devidamente fundamentada, a teor, sobretudo, do art. 312

do Código de Processo Penal (CPP). Nesse sentido, os entes que podem requerer a decretação da prisão preventiva são o Ministério Público e Autoridade Policial – nesse caso, trata-se de representação pela prisão preventiva, cabendo destacar que, na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, o querelante poderá requerer sua decretação, nos termos do art. 311 do CPP.

A decretação da prisão preventiva é vedada aos crimes culposos, e somente pode ser aplicada nos processos penais em que a capitulação do crime seja referente à pena privativa de liberdade com pena máxima superior a 04 (quatro) anos, tudo em face da exigência do art. 313, I, do CPP. O instituto da prisão preventiva tem como pressuposto o *fumus comissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) – substanciado na prova da materialidade do fato, tipificado como crime e indícios suficientes de autoria, conforme positivado no art. 312 do CPP – e, como requisito ou fundamento, o *periculum libertatis* (perigo de liberdade) – que se refere aos bens jurídicos postos no art. 312 do CPP, quais sejam: a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A prisão preventiva intervém na liberdade individual do sujeito antes do devido reconhecimento de sua culpabilidade por decisão condenatória. Assim, trata-se de medida excepcional, necessária quando a liberdade do acusado comprometa a aplicação da justiça, como a necessidade de aplicação da pena, em caso de fuga, ou mesmo se o acusado continuar na empreitada criminoso, violando a ordem pública, ou exercer, eventualmente, coação sobre testemunhas, embaraçando o deslinde do processo penal.

Assim, a despeito de ter praticado um crime, independentemente de sua gravidade, o acusado detém o direito de ficar em liberdade, até que exista contra si um título judicial criminal condenatório com trânsito em julgado ou uma decisão da qual não caiba recurso com efeito suspensivo, a menos que se demonstre necessária à prisão preventiva.

Dentro de tal contexto, Aury Lopes (2018, p. 633) critica a legislação processual penal em sede de prisão preventiva diante da autorização normativa para sua decretação de ofício pelo juiz, conforme os termos do art. 311 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011. A crítica se lastreia na violação ao sistema acusatório e à garantia de imparcialidade do julgador, porquanto a possibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício denota o aspecto notoriamente inquisitivo do sistema, bem como no uso terminológico no curso “da ação penal”, quando deveria ser no curso “do processo penal”, tendo em vista que a ação penal se trata de um poder político constitucional de invocação da autoridade jurisdicional, conforme o art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Entretanto, o direito de liberdade e o sistema prisional instituído, a partir da edição do Código de Processo Penal, em 1941, sofreram diversas alterações em decorrência da necessidade de adaptação às ordens constitucionais, diante da ideologia originária, calcada pelo governo de Getúlio Vargas, de conferir ao Estado um instrumento de força para a sedimentação do regime ditatorial.

Em análise da redação originária do CPP, Walter Nunes (2015, p. 571), citando Câmara Leal, consigna que, reproduzindo o texto constitucional de 1937, o CPP de 1941 preconizava originalmente que, exceto na hipótese de prisão em flagrante, o cerceamento do direito de liberdade exigiria ordem escrita.

Assim, a prisão, quando não efetuada em flagrante delito, passou a ser admissível por meio da sentença condenatória, da decisão de pronúncia e do decreto de prisão preventiva. Calha destacar que, em relação aos crimes mais graves, o acusado não teria o direito de responder ao processo em liberdade, bastando para tanto que tivesse sido preso em flagrante ou, então, que a pena máxima fosse igual ou superior a 10 (dez) anos.

Desse modo, a regra era que os acusados por crimes mais graves, considerados à época inafiançáveis, respondiam ao processo encarcerados, como medida protetiva decorrente da lei. Nesse contexto, a prisão preventiva era aplicável, em princípio, apenas em relação aos crimes inafiançáveis.

Na hipótese de crime afiançável, o cerceamento da liberdade individual somente era autorizado nos casos em que o agente fosse vadio, nos termos do ordenamento jurídico vigente, ou houvesse dúvida quanto a sua identidade, bem como no caso em que o agente não fornecesse ou indicasse elementos suficientes para esclarecê-la, ou fosse reincidente específico em crime doloso (art. 313, incisos I e III do CPP, em redação originária).

Desde a origem do CPP de 1941, segundo Walter Nunes (2015, p. 588), a prisão preventiva tinha natureza cautelar, de modo que, para a sua decretação, exigia-se, como é próprio das tutelas de urgência, o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito) ou probabilidade da condenação, que repousam nos pressupostos da materialidade do fato (tipificado como crime) e da probabilidade da autoria (indícios suficientes da autoria). Contudo, na redação originária do CPP de 1941, esta era a chamada prisão preventiva facultativa.

De tal modo, havia, ao lado da prisão preventiva facultativa, a prisão preventiva obrigatória ou compulsória, nas hipóteses dos crimes com pena cominada igual ou superior a 10 (dez) anos. Tal previsão normativa não constava nas legislações antecedentes, pelo que se constituiu, segundo Câmara Leal (*apud* SILVA JÚNIOR, 2015, p. 588), grande inovação no

que se refere ao instituto da prisão preventiva, passando a torná-la obrigatória nos crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior à reclusão por 10 (dez) anos.

Antes da reunificação da competência legislativa para edição de normas processuais pela União, havia sido disciplinada, no Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, no art. 194, a prisão preventiva obrigatória. Tal previsão normativa foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, conquanto na época os Estados tivessem competência para legislar sobre processo, não podiam afastar-se da legislação federal no tocante ao tema referente às restrições à liberdade individual.

A prisão preventiva obrigatória, de tal modo, não tinha natureza cautelar, pois era prevista em face da quantidade da pena máxima estabelecida para o crime, independentemente da demonstração de sua necessidade para resguardar os bens jurídicos tutelados pelo instituto.

Na vigência da Constituição de 1967, ocorreu substancial modificação no direito de liberdade após a entrada em vigor da Lei nº 5.349, de 03 de novembro de 1967, a qual mudou o tratamento dado à prisão preventiva no CPP, sublinhando-se a revogação da chamada prisão preventiva obrigatória.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 albergou e disciplinou a prisão preventiva como medida cautelar, ao positivizar, no art. 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão, nem nela haverá de ser mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória. De tal modo, tem-se que, adequadamente compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade, conforme assevera Walter Nunes (2015, p. 589), a prisão processual é medida excepcional, à qual somente se deve recorrer quando evidenciada a sua extrema necessidade.

Assim, na vigência Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o juiz tem o dever de fundamentar a decisão, expondo a motivação referente à prova da ocorrência do crime e aos indícios suficientes da autoria, bem como em face do *periculum libertatis* (perigo de liberdade), que se manifesta com a presença de um dos fundamentos para a decretação da prisão processual.

Em tal contexto, nos termos da Constituição da República Federativa de 1988, o indivíduo, a despeito de eventual crime praticado, não perde o seu direito de liberdade, apenas figura como investigado em inquérito policial ou acusado em processo pena. Desse modo, para que haja cerceamento de sua liberdade, é imperioso que exista pelo menos uma das situações legais que autorizam a prisão preventiva ou temporária.

Em decorrência do ordenamento jurídico engendrado com a Constituição de 1988, verificou-se imperiosa a necessidade de reforma do sistema processual penal como um todo,

conforme anota Walter Nunes (2019, p. 42). Diante da dificuldade de aprovação de um novo Código de Processo Penal, adotou-se a ideia da “Reforma Tópica”, devidamente analisada por Walter Nunes.

Dentro do contexto da Reforma Tópica do Código de Processo Penal, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, denominada por Walter Nunes (2019) como segunda etapa da Reforma Tópica. A Lei nº 12.403, de 2011, como devidamente analisado por Walter Nunes (2019, p. 48), seguindo as linhas gerais da Reforma Tópica e, no escopo de seguir as diretrizes de diplomas internacionais e da Constituição de 1988, lançou regras cujo escopo é à desconstrução da parte do Código de Processo Penal mais afim com a sua origem fascista: a referente ao sistema de prisões.

No ano de 2019, no curso do processo penal nº 500591-662019.4.02.5101, foram decretadas pelo menos duas prisões preventivas do ex-presidente da República Michel Temer. Com lastro em vários acordos de colaboração premiada, foi requerido, pelo Ministério Público Federal, a decretação da prisão processual do ex-presidente da República Michel Temer.

Acolhendo o pleito do Ministério Público Federal, na decisão que decretou a prisão preventiva do ex-presidente da República Michel Temer, o juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro ressaltou que o ordenamento jurídico estabelece de modo imperioso a presença de pressupostos e requisitos legais para a decretação da prisão preventiva, esclarecendo que, em decorrência da garantia constitucional da não presunção de culpabilidade, nenhuma medida cautelar deve ser decretada se ausentes tais pressupostos, nos termos do art. 312 do CPP, quais sejam: *fumus comissi delicti* (fumaça do cometimento do delito – comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de sua autoria) e *periculum libertatis* (perigo de liberdade – efetivo risco que o agente em liberdade pode criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal).

Assentou, ainda, o juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro, a respeito do fundamento da garantia da ordem pública, que o Supremo Tribunal Federal se posicionou que, em linhas gerais, tal instituto abarca: I - a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros; II - necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal; III - objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente.

O acervo probatório apresentado em cognição sumária para o juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro, a fim de justificar o requerimento da prisão preventiva do ex-presidente Michel Temer, fundou-se nos supostos crimes de corrupção, peculato, lavagem de dinheiro e organização criminosa, entendendo e registrando nos fundamentos da decisão, aquele juízo, a comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de sua autoria, bem como risco efetivo à garantia da ordem pública, e pela conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, a teor do art. 312 do CPP.

O juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro considerou, ainda, que nenhuma outra medida cautelar alternativa, consoante art. 319 do CPP, seria adequada, visto que a necessidade da prisão preventiva deveria se impor, sobretudo pelo que se entendeu como contemporaneidade dos supostos atos delituosos e pelo indicativo de que o ex-presidente e outras pessoas estariam agindo para ocultar ou destruir provas de condutas ilícitas, diante do fato narrado referente às diligências na sede da empresa ARGEPLAN, determinadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da Operação Patmos, em maio do ano de 2017. Conforme relatório do Inquérito Policial (IPL) 4621, alguns escritórios da empresa passavam por limpeza diária, e os funcionários seriam orientados a manter os ambientes vazios. Além disso, o sistema de registro de imagens da empresa ARGEPLAN também não gravava a movimentação diária.

De tal modo, o juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro decretou a prisão preventiva de 08 (oito) pessoas, dentre as quais o ex-presidente Michel Temer, para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, com fundamento nos arts. 312, *caput*, e 313, I, ambos do CPP.

Em tal contexto, foi impetrado *Habeas Corpus* com pedido liminar contra a decisão do juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro, em favor do ex-presidente Michel Temer, com lastro na potencial ilegalidade do mandado de prisão em comento, pela ausência de indicação dos pressupostos e requisitos concretos para aplicação da prisão preventiva, postulando ausência de contemporaneidade dos fatos e mera remissão abstrata aos fundamentos atinentes a instrução criminal e aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP.

O *Habeas Corpus* em referência foi deferido por decisão monocrática do relator no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mas a liminar deferida foi cassada pela denegação da ordem, por maioria de votos no âmbito do colegiado aludido órgão jurisdicional em comento. De tal acórdão, foi impetrado, pela defesa, *Habeas Corpus* com pedido liminar no Superior Tribunal de Justiça, o qual, colegiadamente, pela sexta turma, decidiu à

unanimidade pelo deferimento liminar, entendendo pela ausência de contemporaneidade entre os fatos e o decreto constritivo, e, em juízo de proporcionalidade e entendendo pela suficiência das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, aplicá-las como a substituição da prisão preventiva decretada.

2.2 Prisão após segunda instância

A prisão após a segunda instância, aqui melhor designada como cumprimento provisório da pena – tendo em vista que se trata do cerceamento da liberdade individual que tem como parâmetro a pena individualizada para determinado delito, bem como aplicada antes do trânsito em julgado da decisão –, atualmente, pode ter início a partir da condenação imposta por acórdão, observando o exaurimento do segundo grau de jurisdição, ou seja: quando não existirem recursos viáveis na segunda instância jurisdicional.

Entretanto, em sua redação originária, conforme assinala Walter Nunes (2015, p. 602), o CPP previa no art. 393, inciso I, o efeito necessário da sentença condenatória passível de recurso, que era a decretação da prisão do acusado, facultando-o o direito de recorrer em liberdade, apenas se, afiançável o crime, fosse efetuado o devido pagamento. Trava-se do cumprimento provisório da pena.

Por isso, embora sujeita a recurso, a sentença condenatória produzia importantes reflexos sobre a liberdade do acusado, pois, quando se tratava de crime inafiançável, o recolhimento à prisão, em razão da sentença condenatória, era inexorável. Apenas quando o crime era afiançável, o acusado podia, mediante o pagamento, obstar o seu encarceramento.

Na mesma senda, no art. 408, § 1º, do CPP, em sua redação originária, dentre os efeitos da decisão de pronúncia, constava a manutenção do acusado na prisão, quando ele já se encontrava recolhido ao cárcere ou, então, a decretação da prisão, na hipótese em que ele estava respondendo o processo em liberdade.

Do mesmo modo, se o crime era inafiançável, a consequência cogente da decisão de pronúncia era o recolhimento do acusado à prisão. Porém, quando se tratava de crime afiançável, para continuar em liberdade, fazia-se necessário o pagamento da quantia arbitrada pelo juiz, sob pena de ser encarcerado.

Assim, nos casos de prisão decorrente da sentença condenatória recorrível e prisão decorrente de decisão de pronúncia, a restrição do direito de liberdade era compulsória, não havendo necessidade de o juiz expor os motivos de sua determinação.

Com o advento da Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, também denominada

“Lei Fleury”, ocorreu notável avanço na legislação processual penal, conforme anota Walter Nunes (2015, p. 606), haja vista que, a partir da vigência da lei em comento, mesmo quando a sentença fosse condenatória, antes de seu trânsito em julgado, se não fosse o caso de decretação da prisão preventiva, para que a pessoa fosse levada à prisão, haveria a necessidade de demonstrar-se, no pronunciamento judicial, que o acusado não tinha bons antecedentes ou que ele não era mais primário.

De tal modo, a Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973, ao modificar as redações dos arts. 408, § 2º, e 594, *caput*, do Código de Processo Penal, a Lei nº 5.941, de 1973, positivou que, em caso de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória passível de recurso, a prisão somente há de ser decretada nas hipóteses em que o acusado for considerado de maus antecedentes ou for reincidente.

A regra anterior – que era da prisão processual obrigatória, quando fosse dada a pronúncia ou fosse o acusado condenado –, portanto, deu lugar à outra substancialmente oposta, que privilegiava o direito de liberdade, o qual só seria flexibilizado se houvesse demonstração de que o acusado possuía maus antecedentes ou era reincidente. Cabe destacar, ainda, que a lei em referência alterou o *caput* do art. 596 do CPP, a fim de ressaltar que eventual interposição de recurso de apelação da sentença absolutória não poderia mais impedir a colocação do réu imediatamente em liberdade, haja vista que, anteriormente, um dos efeitos da interposição de recurso de apelação pelo Ministério Público era o cerceamento da liberdade do apelado.

Realizadas tais considerações acerca do cumprimento provisório da pena – cabendo destacar que, inicialmente, conforme a redação originária do CPP, o cumprimento provisório da pena já surgia com a sentença condenatória ou decisão de pronúncia –, salienta-se que o CPP previa, no art. 637, a não concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, pelo que se infere o devido cumprimento provisório da pena também a partir do julgamento pela segunda instância judicial.

Nesse sentido, importa destacar que, até 2009, esse era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em razão do entendimento de que o art. 637 do CPP – que preceitua a não concessão de efeito suspensivo aos recursos interpostos nas vias extraordinárias – estaria em plena vigência, a despeito do engendramento do ordenamento jurídico, decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No *Habeas Corpus* 100.608/BA (BRASIL, 2019) de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no qual se postulava a concessão de liberdade provisória para o réu contra a decisão que lhe impôs a prisão preventiva com base no art. 387,

§1º, do CPP, foi consignado que, apesar do aspecto extraordinário de que se constitui a prisão cautelar, a mesma pode ser efetivada após sentença condenatória, existindo decisão fundamentada e substancial para tanto, com base em fatos concretos que se subsumam aos fundamentos para decretação da prisão processual, ou seja, presentes as situações referidas no art. 312 do CPP.

Diante de tais premissas, foi registrado ainda que a “antecipação cautelar da prisão” – seja a mesma: prisão em flagrante; prisão temporária; prisão preventiva; prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível – seria devidamente compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Em 2009, por meio do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 (BRASIL, 2019) de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, ocorreu substancial modificação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática em comento, no sentido de que a Constituição asseguraria que nem a lei, nem qualquer decisão judicial, poderia impor ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em tal julgamento, o art. 637 do CPP foi considerado conflitante com arts. 1º, III, e 5º, LVII, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como diante do teor da Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal). O entendimento pela colisão dos mandamentos normativos em comento se deu notoriamente porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consignou como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), dispositivo que, interpretado em consonância com a redação normativa, igualmente plasmada na Constituição, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), conduziria ao entendimento de que o art. 637 do CPP seria conflitante com a Constituição brasileira.

Ainda, houve o argumento de que a Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal), cronologicamente posterior à edição do art. 637 do CPP, condicionava a execução de pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, preceito normativo legal que se adequaria aos parâmetros constitucionais anteriormente citados (arts. 1º, III, e 5º, LVII todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Em tal contexto argumentativo, foi considerada inconstitucional a “execução antecipada da pena”, por maioria de votos para deferir o *Habeas Corpus*, em sede de recurso ordinário contra o constrangimento ilegal da decisão denegatória do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal retomou o entendimento

anterior ao de 2009, através do julgamento *Habeas Corpus* 126.292 (BRASIL, 2019) de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, por maioria de 07 (sete) votos. O *Habeas Corpus* em questão tratava de um caso em que o réu, após ter julgado seu recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e negado seu provimento, teve determinada a imediata execução provisória da condenação, não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena.

No voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, é possível extrair que foram plasmadas as seguintes premissas: I - a presunção de inocência se mantém até a sentença condenatória, sendo, daí em diante, substituída por um “juízo de culpa”; II - com o julgamento de segundo grau, ocorre a preclusão (coisa julgada) da matéria fática, sendo encerrada a jurisdição de partes; III - a limitação do princípio da presunção de inocência não ofende o seu núcleo essencial; IV - o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII da Constituição da República Federativa de 1988, expressa regra de tratamento; V - o princípio que regula a prisão está no art. 5º, LXI Constituição da República Federativa de 1988.

Dentro do contexto engendrado com a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a temática em comento no ano de 2016, adveio o caso do cumprimento provisório da pena do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, conforme autos do processo penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000.

No dia 07 de abril de 2018, o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva foi recolhido preso na carceragem da Superintendência da Polícia Federal, em Curitiba, para cumprimento provisório da pena privativa de liberdade imposta pelo acórdão do TRF da 4ª Região, o qual foi impugnado mediante os recursos de natureza extraordinários interpostos pela defesa. Até o presente momento (final de julho de 2019), o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva se encontra recolhido preso em cumprimento provisório da pena privativa de liberdade em comento.

É de se salientar que a imputação penal se deu pela prática de crimes de corrupção, nos termos dos arts. 317 e 333, ambos do CP, e de lavagem de dinheiro, a teor do art. 1º, *caput*, V, da Lei n. 9.613/1998, e teve com lastro os inquéritos 5035204-61.2016.4.04.7000, 5006597-38.2016.4.04.7000, 5003496-90.2016.4.04.7000 e 5049557-14.2013.4.04.7000, e processos conexos, entre eles os processos 5006617-29.2016.4.04.7000, 5007401-06.2016.4.04.7000, 5006205-98.2016.4.04.7000, 5061744-83.2015.4.04.7000, 5005896-77.2016.4.04.7000 e 5073475-13.2014.4.04.7000.

A denúncia narra que foram colhidas provas de que empresas fornecedoras da

empresa Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás) pagavam, continuamente, vantagem indevida a dirigentes da estatal, e que o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva teria participado conscientemente de tais crimes, percebendo a disponibilização de um apartamento tríplice na cidade de Guarujá/SP, sem que houvesse pagamento do valor devido ao imóvel, pelo que o ex-presidente teria praticado os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

No curso do processo penal, foi realizada a instrução, com produção de laudo pericial, sobre documentos relativos à compra do apartamento supra referenciado, e realizados os interrogatórios dos acusados, bem como utilizada a prova emprestada em relação aos depoimentos de testemunhas arroladas pela defesa. Após as alegações finais, foram apresentadas diversas exceções e incidentes processuais, os quais foram rejeitados, em parte pelo juízo, e em parte pela jurisdição de segundo grau, no caso o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Na sentença, houve parcial procedência da pretensão punitiva, com a absolvição do ex-presidente de alguns crimes imputados, e com a sua condenação pelos crimes de corrupção passiva, nos termos do art. 317, §1º, do Código Penal, e lavagem de dinheiro, conforme o art. 1º, *caput*, V, da Lei n.º 9.613/1998, com as penas somadas em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, inicialmente cumpridos em regime fechado.

No julgamento dos recursos de apelações interpostos pelo Ministério Público Federal e pela defesa, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região elevou a pena da condenação para 12 (doze) anos e 01 (um) mês. Exaurida a jurisdição no âmbito da segunda instância, qual seja o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva foi recolhido preso para o cumprimento provisório da pena imposta, nos termos do Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

De tal modo, o cumprimento provisório da pena, no caso do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, se amolda ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, no julgamento *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki.

O pedido de atribuição de efeito suspensivo, em caráter excepcional, ao Acórdão, conforme postulado nos recursos de natureza extraordinários interpostos pela defesa, se lastreou: na violação ao juiz natural; no excesso de acusação; na suspeição do juiz; na violação ao devido processo legal e à ampla defesa; na atipicidade da conduta, capitulada no art. 317 do Código Penal; no *bis in idem* (repetição sobre o mesmo fato, ou consideração dupla sobre o mesmo fato), em relação ao crime de lavagem de dinheiro; na falta de provas e

na utilização indevida de colaboração premiada de corrêu, dosimetria e individualização da pena.

Contudo, conforme já registrado, o ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva se encontra atualmente recolhido preso em cumprimento provisório da pena privativa de liberdade imposta pelo Acórdão, com a mitigação do princípio de presunção de inocência em face do juízo de culpa, conforme a sentença condenatória, não subsistindo, por ora, a concessão de efeito suspensivo, como pleiteado pela defesa na interposição dos recursos de natureza extraordinários.

Foram, ainda, impetrados *Habeas Corpus* em favor do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, os quais não foram aptos a obstar o encarceramento do mesmo, salientando-se que se trata de via processual autônoma em relação ao processo penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000, haja vista esta ser uma ação autônoma de impugnação, a qual poderia, de igual modo ao pleito excepcional de concessão de efeito suspensivo, nos recursos extraordinários interpostos pela defesa, sustar a supressão da liberdade do ex-presidente, o que não ocorreu até o presente momento, ao final do mês de julho do ano de 2019.

3 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

A relação entre a pena e o cerceamento da liberdade é originária, ou seja, desde que surgiu a necessidade social de criação e aplicação de sanções, o cerceamento da liberdade se viu presente; primeiramente, com a função nítida de custódia, e, com o passar do tempo, à transformação da privação da liberdade na própria pena.

A liberdade, no contexto dos primórdios da sociedade, sempre foi objeto de relações sociais, tais como: a vingança privada, vingança divina e vingança pública. Essas vinganças resultavam na aplicação de penas desproporcionais, e poderiam atingir tanto a pessoa considerada culpada, quanto aqueles que tinham algum vínculo com a mesma, ou seja, punia-se qualquer elemento do grupo pela conduta individual, ou coletiva, da qual o mesmo pertencesse, como destaca Bitencourt (2018, p. 82).

No Período Antigo, anota Bitencourt (2018, p. 85), especificamente no Direito Romano, a prisão se constituía como medida cautelar para aplicação superveniente da pena, haja vista que o cerceamento da liberdade era dado pela sua função de custódia, a fim de guardar o corpo daquele que seria alvo da aplicação da pena.

Considerando a irregularidade e falta de sistematização do Direito Penal, Walter

Nunes (2015, p. 562), aponta o postulado de Beccaria, na obra “Dos delitos e das penas”, como marco fundante ou inicial do direito penal e do processo penal propriamente dito, ou seja, do direito criminal nos termos do autor retrocitado.

Walter Nunes (2015, p. 562) afirma que o paradigma de Estado democrático, cujo cerne é os direitos fundamentais, possui sustentação na garantia da liberdade, que se trata de bem jurídico de peso similar ao direito à vida, com grande densidade axiológica, apresentando-se na contemporaneidade como um dos eixos principais sobre o qual deve gravitar o sistema jurídico.

A fim de delinear um conceito de sistema jurídico, Freitas (1998, p. 22) aborda a relação entre as normas de um dado ordenamento jurídico, indicando a distinção entre vontade do legislador, também designada como *voluntas legislatoris*, e a vontade da lei, nominada no brocardo latido *voluntas legis*. A interpretação pode variar, a depender do enfoque hermenêutico dado, notadamente, se acolhido um ou outro modelo (vontade da lei ou do legislador).

Em tal contexto, o autor acima referido (FREITAS, 1998, p. 26) informa as necessidades de coerência lógica mínima do ordenamento jurídico. Com tais pontos, Freitas afasta uma concepção puramente normativista da conceituação sobre o que seria sistema jurídico. Para o aludido autor, o núcleo do sistema jurídico se constitui a partir de valores e princípios que transcendem a lógica puramente estrita.

Dentro de tais circunstâncias, Freitas (1998, p. 27) aponta que os postulados de soluções de antinomias, conforme Bobbio (1995, p.81), tem ampla aplicação, notadamente, as três concepções tradicionais, a saber: *lex posterior derogati priori* (lei posterior derroga anterior), *lex superior derogat inferior* (lei superior derroga lei inferior) e *lex specialis derogat generalis* (lei especial derroga lei geral), bem como o aspecto teleológico e as exigências dos princípios fundamentais.

Assim, para Freitas (1998, p.34), a conceituação de sistema jurídico, em contraponto a concepção exegética (cunhada no paradigma positivista), deve ser necessariamente aberta e não fechada. Dentro de tal busca pela conceituação de sistema jurídico, adotando os ensinamentos de Karl Laurenz, Freitas (1998, p.36) registra que o sistema jurídico é aberto, notadamente, em face da produção contínua de normas, estas, muitas vezes, distintas entre si em face do teor axiológico de seu conteúdo.

Esclarece, ainda, Freitas (1998, p. 37) que o sistema jurídico, por meio de mecanismos próprios, tais como o legislador e a jurisprudência, pacifica a disparidade axiológica normativa existente dentro de sua estrutura em um dado momento, de forma que o

sistema se configura aberto, de modo heurístico, no lapso temporal político da perspectiva histórica da qual se analisa.

Freitas citando Canaris (*apud* FREITAS, 1998, p. 41) aduz, a fim de traçar a essência da conceituação do sistema jurídico, que o sistema jurídico se trata de ordem axiológica, ou teleológica, de princípios gerais do Direito. Entretanto, vai além o aludido autor, consignando que um aspecto que não pode ser olvidado na conceituação de sistema jurídico é a hierarquização, seja axiológica ou principiológica.

Assim, arremata Freitas (1998, p. 42) que a conceituação de sistema jurídico pode ser delineada como rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, nos termos da Constituição.

A aplicação do direito é exercida dentro de tal sistema jurídico, e segue linhas notavelmente atreladas à busca por uma adequada lógica de justificação, em termos dogmáticos (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 22), sendo necessário o apoio da Teoria do Direito, a fim de possibilitar tal finalidade.

Tendo em vista uma concepção protetora da Constituição, Ferrajoli (2012, p. 26) anota que o constitucionalismo rígido se trata de um desdobramento do positivismo jurídico. O autor assevera que o paradigma juspositivista clássico evoluiu para o constitucionalismo garantista, ou normativo, com a submissão formal e material da produção de normas, notadamente as decorrentes da atividade legislativa.

De tal modo, para o autor em comento (FERRAJOLI, 2012, p. 30), o constitucionalismo garantista se subdivide em três concepções: modelo de sistema jurídico; teoria do direito; e filosofia política. Como modelo de sistema jurídico, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela positivação dos princípios, que passam a regular a produção normativa em geral do sistema. Como teoria do direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela temática do dever ser constitucional em face do ser legislativo. Como filosofia, ou teoria política, o constitucionalismo garantista, também designado como normativo positivista, consiste em uma teoria democrática substancial, além da dimensão meramente formal.

Para Leonardo Martins (2012, p. 8), a teoria do direito em dimensão abstrata deriva do vínculo do juiz ao direito positivo, ou seja, o papel de uma teoria dogmática de direitos fundamentais reside nas reflexões atinentes à polarização entre a norma posta e a decisão judicial. A dogmática, a seu turno, advém da necessidade de sistematização de institutos, conceitos jurídicos que servem como elementos de articulação na aplicação do direito.

De tal modo, a teoria do direito, seja qual for o seu ramo, possui necessária relação com a dogmática jurídica a respeito dos elementos que são articulados no processo de decisão, a fim de concretizar o direito nos termos do postulado de Konrad Hesse (2013), conforme registra o autor em referência (MARTINS, 2012, p. 8).

Assim, surgem várias teorias dos direitos fundamentais (MARTINS, 2012, p. 9), nas quais a posição hierárquica das normas definidoras de direitos fundamentais embasou o postulado de Bockenforde, que sistematizou cinco teorias para a temática de direitos fundamentais, organizadas conforme parâmetro dimensional, ou seja, dimensões objetivas e subjetivas dos direitos fundamentais.

Considerando o duplo caráter, ou dupla dimensão, dos direitos fundamentais, Leonardo Martins (2012, p. 9) anota que o mesmo comando normativo pode apresentar uma dimensão jurídica subjetiva e uma dimensão jurídica objetiva, as quais podem ser tratadas como perspectivas, consoante os ensinamentos de Schlink e Pieroth (*apud* MARTINS, 2012, p. 9).

As teorias subjetivas dos direitos fundamentais, segundo Leonardo Martins (2012, p. 9), referem-se às normas de direitos fundamentais, a partir dos sujeitos das liberdades constituídas e garantidas pelo Estado. O conceito de liberdade, em tal contexto, se refere à liberdade negativa (*status negativus*, conforme preleciona Jellinek (*apud* MARTINS, 2012, p. 13), com lastro na teoria liberal ou liberdade real com espeque na teoria social democrática dos direitos fundamentais.

Dentro do arcabouço da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 10) anotou a teoria liberal e a teoria social democrática. Na teoria liberal, também designada de teoria civilista, a liberdade negativa se relaciona com os direitos de abstenção da intervenção estatal, com origem na própria revolução dos povos. Na teoria social democrática, a liberdade pressupõe a existência das devidas condições para o seu exercício, advindo o termo liberdade real ou material.

Na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 13) anotou a teoria axiológica, a teoria institucionalista e a teoria principiológica. Merece registro que a classificação adotada por Bockenforde (*apud* MARTINS, 2012, p. 12) se apresenta relevante para o entendimento preciso do duplo caráter dos direitos fundamentais, sobretudo no ambiente do processo penal com as balizas gizadas pela Constituição.

Na teoria axiológica, o ponto de partida é a teoria da integração de Smend (*apud* MARTINS, 2012, p. 12), na qual o Estado é visto como processo de integração de uma

comunidade cultural que tem nos valores seus elementos catalisadores. Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam fatores constitutivos de tal processo de integração, por fixarem os valores comunitários fundamentais, normatizando um sistema axiológico de bens jurídicos.

A teoria institucionalista coloca os direitos fundamentais com o caráter de princípios ordinatórios, objetivos para as áreas da vida social por eles protegidos. Tratam-se de institutos que, por serem dados objetivos, só podem ser desenvolvidos e realizados via conformação jurídica, na qual ocorra uma adaptação entre a ideia ordinatória e os dados pertinentes ao instituto. Entre os principais representantes dessa teoria está Harberle (*apud* MARTINS, 2012, p. 15), para quem a liberdade individual necessita “das relações de vida garantidas institucionalmente”, pelo que a liberdade seria a liberdade enquanto instituto.

A teoria principiológica dos direitos fundamentais decorre diretamente de Alexy (*apud* MARTINS, 2012, p.27), que afirma sua teoria como uma racionalização da interpretação axiológica das normas de direitos fundamentais. O cerne da sua teoria gravita em torno da distinção entre as normas princípio e as normas regra, acrescido da “lei de colisão” entre as normas e os “mandamentos de otimização”, que caracterizam os princípios enquanto normas jurídicas para a solução de casos difíceis, notadamente envolvendo princípios colidentes, tal qual ocorre com o duplo caráter dos direitos fundamentais no processo penal (dimensão objetiva *versus* dimensão subjetiva).

O direito criminal, considerando-se tais premissas, deve ainda ser mínimo ou, nos termos do brocado latino, a *ultima ratio* (última razão, ou última alternativa). Nesse sentido, a utilização do direito criminal só deve ser operada quando os demais ramos do direito forem ineficientes para coibir determinada prática antissocial (conduta). Não basta ser mínimo; o direito criminal, conforme preleciona Walter Nunes (2015, p. 563), deve ser operado com o escopo de erradicar a marginalização, ou seja, dentro do possível, deve-se procurar a adoção de medidas alternativas à aplicação da pena, e mesmo no caso de aplicação, deve-se preferir a pena restritiva de direitos à de privação da liberdade.

Tais preceitos inerentes ao sistema democrático, com esteio nos direitos fundamentais, afetam a concepção do instituto da prisão como medida processual a ser adotada no trâmite do processo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

4 PROPORCIONALIDADE COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO NECESSÁRIA À LIBERDADE NO AMBIENTE CRIMINAL

Partindo da premissa acerca do conceito do critério da proporcionalidade, nos termos apresentados por Leonardo Martins (2012, p.121), como limite material ao poder estatal de restringir uma área de proteção de um direito fundamental, tem-se que, diante do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, o critério da proporcionalidade se apresenta como meio adequado à consecução do máximo de poupar a liberdade intervinda.

Os elementos constituintes da proporcionalidade, nos termos do que preleciona Leonardo Martins (2012, p.130), referem-se à identificação da intervenção pela relação entre o meio e o propósito nela implícitos. A legitimidade do propósito, ou sua licitude, tem que ser avaliada após a devida identificação e, feita tal avaliação, passa-se à avaliação da legitimidade do meio utilizado, o qual, igualmente ao propósito, não pode ser vedado pelo ordenamento jurídico. A adequação do meio utilizado é calcada na relação entre o meio utilizado (intervenção) e o propósito por ela perseguido, ou seja: trata-se de um exame em que se verifica se a intervenção analisada alcança o escopo pretendido. Por derradeiro, consta a necessidade da intervenção, no sentido dogmático de poupar a liberdade desenhada pelo direito fundamental o máximo possível, o que é realizado com a escolha do meio menos gravoso (diante da existência de vários meios mais ou menos gravosos que alcancem o mesmo propósito perseguido), tornando os demais meios desproporcionais.

Tendo em vista que as três funções estatais (legislativo, executivo e judiciário) estão igualmente vinculadas aos direitos fundamentais, suas intervenções devem passar pelo crivo da proporcionalidade, conforme preleciona Leonardo Martins (2012, p. 131).

Nessa senda, a despeito das diferenças formais e processuais entre tais funções (legislativo, executivo e judiciário), quando interveem na liberdade individual, existem diferenças de ordem material entre as mesmas. No caso do poder legislativo, conforme anota Leonardo Martins (2012, p.131), as intervenções devem ser avaliadas em face da área de proteção de um direito fundamental, considerando a ponderação abstrata entre o propósito perseguido e o meio de intervenção. No caso do exame das intervenções do poder executivo e judiciário, existe a necessidade de um procedimento bifásico, em que primeiro se verifica o fundamento legal da medida interventora e sua constitucionalidade, com a consideração do caso concreto, e, na segunda fase, realiza-se uma ponderação concreta para aferir se a medida em comento atinge a área de proteção delineada por direito fundamental.

Em tal contexto, tendo em vista a liberdade enquanto direito fundamental, verifica-se que o critério da proporcionalidade pode servir de meio para desenhar os limites em que o Estado pode flexibilizar e justificar sua intervenção.

Entretanto, é necessário esclarecer que a proporcionalidade em sentido estrito,

conforme devidamente analisado por Leonardo Martins (2012, p.147), como um terceiro fator, além dos critérios de adequação e necessidade, apresenta-se como instituto de racionalidade duvidosa.

Isso porque, consoante o esclarecimento de Leonardo Martins (2012, p.147), a despeito da proporcionalidade em sentido estrito sugerir a ponderação de valores ou interesses por meio da metáfora da balança, a racionalidade dogmática é suplantada por um critério axiológico, conforme proposto Habermas (*apud* MARTINS, 2012, p. 147), na senda de um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Em mesmo sentido, sublinha-se, ainda, o postulado de Alexy (*apud* MARTINS, 2012, p. 147), com a racionalização da proporcionalidade em face da sua teoria principiológica dos direitos fundamentais.

Em suma, a proporcionalidade em sentido estrito, para Leonardo Martins (2012, p. 148), se finca na potencial subjetividade, tendo em vista que ponderar em sentido estrito seria tomar decisões de cunho político e não jurídico.

Anota, ainda, Leonardo Martins (2012, p.148) que a proporcionalidade em sentido estrito poderia ser feita apenas pelo poder legislativo, em face da legitimidade democrática e constitucional à função estatal. De tal modo, tendo em vista que a ponderação do operador jurídico não pode ser calcada a partir de um sistema axiológico valorativo encontrado no subjetivo de cada magistrado, o referido autor critica a postulação de tal instituto para as demais funções do Estado, sublinhando a clara violação quando utilizado pelo poder judiciário sob o argumento de controle de constitucionalidade na via incidental.

De tal modo, considerando a liberdade como bem jurídico constitucional, devidamente protegido pela área de proteção da norma definidora de direito fundamental, como já exposto, o critério da proporcionalidade se afigura como elemento clarificador dos limites que o Estado pode flexibilizar dentro da liberdade individual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do Estado Democrático de Direito, inaugurado pelo ordenamento jurídico decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerando-se o critério da proporcionalidade como limite material ao poder estatal de restringir uma área de proteção de um direito fundamental, e tendo em vista a liberdade enquanto tal, verifica-se que o critério da proporcionalidade deve servir de meio para desenhar os limites em que o Estado pode flexibilizar e justificar sua intervenção no direito de liberdade, seja em relação à

prisão preventiva ou à prisão após segunda instância, ou melhor, ao cumprimento provisório da pena.

De tal modo, analisando-se as prisões preventivas que foram aplicadas no ex-presidente da República Michel Temer, é necessário registrar que – a despeito do decreto da prisão preventiva fazer as devidas referências aos termos do art. 312 do CPP, a saber: a comprovação da existência de crime e de indícios suficientes de sua autoria, bem como o efetivo risco de que o agente em liberdade pode criar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e à aplicação da lei penal – não houve a demonstração concreta de tais fundamentos.

O juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro consignou, ainda, que nenhuma outra medida cautelar alternativa, a teor do art. 319 do CPP, seria adequada, sendo imperiosa a decretação da prisão preventiva, mormente pelo que se entendeu como contemporaneidade dos supostos atos delituosos e o indicativo de que o ex-presidente e outras pessoas estariam agindo para ocultar ou destruir provas de condutas ilícitas, diante do fato narrado referente as diligências na sede da ARGEPLAN, determinadas pelo STF, no âmbito da Operação Patmos, em maio do ano 2017.

Em tal contexto, o juízo da 7ª Vara Federal criminal do Rio de Janeiro decretou a prisão preventiva de 08 (oito) pessoas, dentre as quais o ex-presidente Michel Temer, com a parte dispositiva do decreto da prisão preventiva capitulada para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, com fundamento nos arts. 312, *caput*, e 313, I, ambos do CPP, configurando-se contradição aos fundamentos, eis que registrado o fundamento da decisão para conveniência da instrução criminal.

Ademais, consta dos fundamentos da decisão da prisão preventiva que o Supremo Tribunal Federal se posicionou sobre fundamento da ordem pública em vários sentidos, dos quais se pinça o registro de que tal instituto abarcaria a necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial o Poder Judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal, pelo que se revela tal assertiva como indicadora da ausência de cautelaridade no fundamento da ordem pública quando seu teor se confunde com tais termos, e, inexoravelmente, colidindo frontalmente com os termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porquanto esta albergou e disciplinou a prisão preventiva como medida cautelar, adequadamente compatível com o princípio da presunção de não culpabilidade.

O fundamento da garantia da ordem pública, deve ser atrelado à necessidade de

resguardar a integridade física ou psíquica do preso ou de terceiros, ou ao objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, devendo ainda tal fundamento estar lastreado em elementos concretos e expostos na decisão que decreta a prisão processual.

Outro aspecto intrigante foi o entendimento do juízo de primeiro grau sobre a contemporaneidade dos supostos atos criminosos, quando a decisão de decretação da prisão preventiva se refere a fatos ocorridos em diligências decorrentes de atos jurisdicionais, quase dois anos passados da propositura da denúncia, haja vista que se referem a maio de 2017 e o processo penal foi autuado no ano de 2019.

De tal modo, patente a ilegalidade do mandado de prisão em comento, diante da ausência de indicação dos pressupostos e requisitos concretos para aplicação da prisão preventiva, porquanto inexistente a contemporaneidade dos fatos no que se refere ao fundamento da ordem pública, e, relativamente aos fundamentos atinentes à instrução criminal e aplicação da lei penal, é forçoso reconhecer que se trata de mera remissão abstrata aos termos do CPP.

Portanto, as prisões preventivas aplicadas ao ex-presidente Michel Temer, foram contaminadas por vício de ausência de fundamentação aos termos formais previstos no art. 312 do CPP, diante da não subsunção dos fatos ao desenho normativo inserto no CPP referente à prisão processual, incidindo igualmente o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No que se refere ao caso do cumprimento provisório da pena do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, é necessário consignar que o caso se amolda ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, no julgamento *Habeas Corpus* 126.292, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki.

Assim, constata-se o princípio da presunção de inocência foi mantido até a sentença condenatória, sendo mitigado pelo “juízo de culpa” decorrente da condenação, bem como diante do julgamento em segundo grau no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando ocorreu preclusão da matéria fática, e foi encerrada a jurisdição de partes.

Ainda, torna-se necessário o registro de que o pedido de atribuição de efeito suspensivo, em caráter excepcional, ao Acórdão, conforme postulado nos recursos de natureza extraordinários interpostos pela defesa, se lastreou: na violação ao juiz natural, no excesso de acusação e suspeição do juiz, na violação ao devido processo legal e ampla defesa, na atipicidade da conduta capitulada no art. 317 do Código Penal, no *bis in idem* (consideração em dobro sobre o mesmo fato) em relação ao crime de lavagem de dinheiro, na falta de provas e utilização indevida de colaboração premiada de corrêu, bem como na dosimetria e

individualização da pena.

Houve, ainda, a impetração de vários *Habeas Corpus* em favor do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, os quais não foram aptos a obstar o encarceramento do mesmo, apesar da potencial concessão da ordem no sentido de sustar a supressão da liberdade do ex-presidente, situação que se assemelharia ao efeito suspensivo postulado nos recursos extraordinários.

Considerando-se o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, não constata qualquer vício no cerceamento da liberdade do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, porquanto devidamente respeitadas as premissas erigidas pelo Supremo Tribunal Federal, somente sendo o caso de liberação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva na hipótese de provimento aos recursos nas vias processuais extraordinárias.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva Jus, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 100.608**. Paciente: Lupércio França Torres. Relator: Ministro Celso de Mello, Bahia: 23 de maio de 2014. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227116443&ext=.pdf>>. Acesso 10 junho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Ministro Luiz Fux. Minas Gerais, 26 de fevereiro de 2010. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796> >. Acesso 10 junho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: **Habeas Corpus 126.292**. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 05 de fevereiro de 2015. < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso 10 junho de 2019.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Leonardo **Liberdade e Estado Constitucional**: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Natal: OWL, 2015.

_____. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). Natal: OWL, 2019.

RESTRICTION OF FREEDOM IN CRIMINAL CONCEPT: LIMITS ON PREVENTIVE PRISON AND PRISON AFTER SECOND INSTANCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

ABSTRACT

This paper aims to analyze the limits of intervention in individual liberty in view of the application of the legal institutes of pre-trial

detention and prison after the second instance. The problem of such legal measures is current, especially in view of the cases of curtailing the freedom of former presidents of the Federative Republic of Brazil: Michel Temer and Luiz Inácio Lula da Silva. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 engendered prominence in the protection of fundamental rights, with the right of liberty analytically affirmed, assuring everyone the right to liberty and only exceptionally allowing its suppression before the final conviction. In such circumstances, there is an imperative need for a dogmatic approach to the right to liberty and its limits in view of its flexibility by the state, using a hypothetical inductive methodology, with concrete approaches and considerations around such institutes.

Keywords: Pre-trial detention. Imprisonment after the second instance. Limits.