

# A prisão e a liberdade em 20 anos de Constituição.

## Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Processo Penal de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Consultor jurídico em matéria criminal. Procurador de Justiça aposentado e coordenador do ASF Cursos e Eventos.

### Sumário

1. A importância de uma análise comparativa sobre a prisão e a liberdade
2. Os dispositivos sobre prisão e liberdade
3. Prisão em flagrante, preventiva e temporária
4. Prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão para apelar
5. A liberdade provisória e o regime fechado integral
6. Direitos e garantias do preso
7. O equilíbrio entre as necessidades de garantir a segurança social e de preservar a liberdade

### Bibliografia

## 1 A importância de uma análise comparativa sobre a prisão e a liberdade

O tratamento dispensado por um país à prisão e à liberdade da pessoa investigada ou acusada serve para medir o grau de proteção destinado pelo país ao indivíduo, para aquilatar a capacidade do legislador ao realizar um processo penal equilibrado e a acuidade dos Juízes na atuação justa das normas processuais.

Ao ensejo das comemorações dos 20 anos da Constituição de 1988, espelho dos ideais que acompanhavam o período de democratização do país, vale a pena volver a atenção para uma análise comparativa entre a forma como a Constituição, a legislação ordinária e os Tribunais Superiores cuidaram da prisão e da liberdade.

## 2 Os dispositivos sobre prisão e liberdade

São diversos os dispositivos da Constituição sobre prisão e liberdade contidos no artigo 5º. Seu *caput* mostra a necessidade de um tratamento equilibrado no processo penal, ao prever que as regras e princípios nele contemplados se destinem a garantir a liberdade e a segurança ao indivíduo nacional ou estrangeiro residente no país. De um lado, para garantir a segurança de cada indivíduo e da sociedade, exige-se um arcabouço de medidas e um aparato estatal voltados à persecução dos crimes; de outro, para proteção da liberdade, impõe-se proporcionar ao indivíduo instrumentos para se defender amplamente por meio de um processo justo e respeitoso às suas garantias fundamentais. É difícil o ajuste entre esses dois principais vetores do processo penal, sendo importante ver como os incisos do artigo 5º buscaram expressar a intenção de equilíbrio delineada no seu *caput*.

Dispõe o artigo sobre prisão e liberdade em relação aos seguintes assuntos: a prisão em flagrante (inc. LXI); a prisão em geral (inc. LXII); os direitos do preso (incs. LXIII e LXIV); o relaxamento da prisão ilegal (inc. LXV); a prisão civil (inc. LXVII); a indenização da prisão além do tempo fixado na sentença (inc. LXXV); a liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI); a inafiançabilidade da prática do racismo (inc. XLII), da prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos crimes hediondos definidos em lei (inc. XLIII); a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inc. XLIV); o Princípio da Presunção de Inocência (inc. LVII).

## 3 Prisão em flagrante, preventiva e temporária

O inciso LXI do artigo 5º autorizou a prisão em flagrante e condicionou as demais espécies de

prisão processual à ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Aí abrangem as prisões cautelares à época previstas na legislação nacional – preventiva, decorrente de decisão de pronúncia e de sentença condenatória. Posteriormente, sobreveio no Direito brasileiro a prisão temporária, prevista pela Lei nº 7.960, de 21/12/1989, também dependente de ordem judicial.

Com a prisão em flagrante se relacionam os preceitos referentes: ao relaxamento da prisão ilegal (inc. LXV), à liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), à inafiançabilidade (incs. XLIII e XLIV). O preso tem direito ao relaxamento da prisão quando inexistir situação de flagrância ou não forem obedecidos os requisitos formais da elaboração do auto de prisão em flagrante e direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, nas hipóteses em que a lei a permitir e não estiver, constitucionalmente, vedada a fiança.

## Há excesso na decretação de prisões preventivas, tornando-as um espetáculo midiático para o público.

Buscou a Doutrina no Princípio da Presunção de Inocência do inciso LVII a afirmação de que toda prisão deve ser cautelar, porque, senão, representaria simples antecipação de pena, dando-se ao acusado tratamento de culpado antes de decisão transitada em julgado.<sup>1</sup>

A natureza cautelar da prisão preventiva, nos termos em que está regulada no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), foi, nesses anos, admitida pela Doutrina para as hipóteses em que é decretada com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal ou de garantir a instrução

1. Ver a respeito Antonio Magalhães Gomes Filho, *A presunção de inocência e a prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991.

criminal.<sup>2</sup> As maiores críticas foram dirigidas à prisão para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, ambas também referidas no mesmo artigo. A dificuldade em delimitar o conceito de ordem pública e de ordem econômica permitiu a decretação de prisões com as mais variadas motivações: impedimento à reiteração de crimes, resguardo à credibilidade da justiça, gravidade do crime, intensa comoção social e conduta impiedosa do agente. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça repelem prisões assentadas exclusivamente na gravidade do crime e em justificativas genéricas não relacionadas diretamente com o fato.<sup>3</sup> Admissível fundar a prisão para garantia da ordem pública em circunstâncias do fato ou na conduta do acusado, quando revelem tendência à prática de novos crimes, com perigo de ofensa à ordem pública.

Em textos estrangeiros, como os da Itália, de Portugal, há previsão de preventiva para evitar reiteração de crimes, mas somente para crimes especificados, de maior gravidade ou lesividade social. Com o objetivo de trazer essa disciplina para a legislação nacional, está em tramitação projeto de lei sobre prisão, em que desaparece a prisão para garantia da ordem pública e se prevê a prisão para evitar a reiteração de determinados crimes (Projeto de Lei nº 4.208/2001).<sup>4</sup>

Há, entre nós e em outros países, excesso na decretação de prisões preventivas, com fortes críticas da Doutrina. Também investem os estudiosos, daqui e de outros locais, contra o exagerado sensacionalismo dado à prisão, tornando-a um espetáculo midiático para o público.

2. Ver a respeito Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2007, nº 29.1.

3. Cita-se, como exemplo, o HC-QO nº 85.298-SP, Rel. Min. Carlos Britto.

4. Ver comentários ao projeto feitos por Luiz Guilherme Moreira Porto, "O Projeto de Lei nº 4.208/2001 – Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória", in Eduardo Reale Ferrari (coord.), *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, Campinas, Millennium, 2003.

A prisão temporária, criada pela Lei nº 7.960/1989, tem natureza cautelar, conforme se infere do seu artigo 1º. A exigência do *fumus commissi delicti* está presente no inciso III, pois ela somente será decretada se houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes relacionados no dispositivo. O *periculum libertatis* justificará a prisão quando imprescindível para as investigações (inc. I) ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (inc. II). Basta um dos dois incisos.

A grande crítica feita à prisão temporária consiste na sua excessiva e indevida utilização para encarcerar pessoas durante o inquérito sem a presença dos requisitos legais, nos casos em que ela não é necessária para as investigações porque os atos de apuração já foram desenvolvidos e o preso tem domicílio certo e identidade conhecida. Serve como espetáculo e como forma de antecipação de pena. Não se leva em conta o Princípio da Presunção de Inocência, pelo qual toda prisão durante o processo somente se justifica quando tiver natureza cautelar, não se podendo punir o acusado antes de estar definitivamente condenado.

Em caso de flagrante não é feita verificação completa da necessidade cautelar da prisão. A autoridade policial somente constata a existência de fundada suspeita de ter o preso cometido a infração (art. 304, *caput*, do CPP). Remetida a cópia do auto de prisão em flagrante para a autoridade judiciária, a ela incumbirá relaxar a prisão se for irregular, conceder liberdade provisória ou manter a prisão. As duas últimas soluções são interdependentes, pois, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva, concede-se a liberdade provisória, e, se estiverem, mantém-se o recolhimento porque necessário para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para aplicação da lei penal ou por necessidade da instrução criminal.

#### 4 Prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão para apelar

Nesses 20 anos, houve significativa mudança no tratamento dispensado à prisão decorrente de pronúncia e da prisão para apelar.

### Encerra-se um longo ciclo de grave restrição ao direito do acusado ao reexame de uma decisão condenatória, independentemente de estar ou não preso.

Antes de 1988, o CPP já previa a prisão decorrente de pronúncia e da sentença condenatória recorrível quando o acusado não fosse primário ou não ostentasse bons antecedentes (arts. 408, §§ 1º e 2º, e 594). Com a Constituição, houve o entendimento de que as duas modalidades de prisão contrariavam a regra de presunção de inocência, pois representavam antecipação de pena, não sendo impostas com base em necessidade cautelar assentada em circunstâncias do processo, mas apenas no fato de o acusado não ser primário ou não ter bons antecedentes. Posteriormente, em relação à prisão derivada de sentença, acrescentou-se novo argumento de inconstitucionalidade, o de que impor a alguém o recolhimento à prisão para apelar é negar-lhe o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição,<sup>5</sup> também garantido por normas da Convenção de Costa Rica (arts. 7º, nº 6, e 8º, nº 10).<sup>6</sup>

Os Tribunais Superiores caminharam em outro sentido. O Supremo Tribunal Federal entendeu que as prisões estavam em consonância com a nova Constituição, dando-se ao Princípio da Presunção de Inocência interpretação restritiva

de que apenas impunha o ônus da prova da culpa ao órgão acusatório. Chegou a ser editada a Súmula nº 9 no STJ no sentido de que o artigo 594 do CPP, ao exigir a prisão para a apelação, estava em consonância com o Princípio da Presunção de Inocência.

Todavia, nos últimos tempos, alterara-se essa orientação, certamente em face da mudança na composição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e passou-se a entender que não se pode restringir a apelação com a exigência de prévia prisão do condenado, seja porque estaria ofendido o Princípio da Presunção, seja porque estaria limitado o Duplo Grau de Jurisdição assegurado pela Convenção de Costa Rica.<sup>7</sup>

Finalmente, com as Leis nºs 11.689/2008 e 11.719/2008, o cenário foi alterado.

Pelo novo artigo 413, § 2º, do CPP, proveniente da primeira lei, o Juiz, ao pronunciar o acusado, deve decidir, motivadamente, sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão ou imposição de outras medidas cautelares. De forma semelhante, conforme o parágrafo único do artigo 387, em redação advinda com a Lei nº 11.719, o Juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Ainda, essa mesma lei revogou o artigo 594 do CPP, que exigia o recolhimento do condenado à prisão para apelar.

5. Sobre a constitucionalidade do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, ver Antonio Carlos de Aratijo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, nº 31.

6. Luiz Flávio Gomes, *Direito de apelar em liberdade*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996.

7. Bem significativa a Súmula nº 347 do Superior Tribunal Justiça: "o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

Encerra-se, assim, nesse ano do vigésimo aniversário da Constituição, um longo ciclo do Direito brasileiro de grave restrição ao direito do acusado ao reexame de uma decisão condenatória, independentemente de estar ou não preso.

## **5 A liberdade provisória e o regime fechado integral**

Um dos graves problemas no processo penal nesses 20 anos foi a falta de uma legislação adequada sobre a liberdade provisória, que lhe desse tratamento sistemático e ajustado às normas constitucionais.

O inciso LXVI do artigo 5º remete à lei a regulação das hipóteses de cabimento de liberdade provisória com ou sem fiança, contudo, não se encontra no CPP ou em lei extravagante uma coerente regulamentação do tema. Na redação original do Código, as disposições sobre liberdade provisória estavam focadas na fiança: o acusado, se preso em flagrante, pronunciado ou condenado, ficava preso, exceto quando o crime fosse afiançável. A fiança, todavia, perdeu sua relevância em virtude de reformas tópicas, de modo que, hoje, o artigo 310, parágrafo único, do CPP, constitui o principal dispositivo sobre a liberdade provisória, segundo o qual, em caso de prisão em flagrante, o acusado será liberado com o ônus de comparecer aos atos do processo, se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva. A sua aplicação somente permite duas soluções extremadas: a pessoa presa em flagrante permanecerá recolhida quando o caso comportar a prisão preventiva ou será solta com a simples obrigação de comparecer aos atos do processo. Inexiste, como ocorre em Portugal e na Itália, um escalonamento de cautelas possíveis, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Está em tramitação projeto de reforma do CPP com o objetivo de suprir essa falha do ordenamento nacional (Projeto de Lei nº 4.208/2001).

A insuficiência de regulamentação da liberdade provisória cria dificuldade de ajuste da legislação vigente às normas constitucionais sobre inafiançabilidade dos incisos XLII, XLIII e XLIV. Para colocação do problema, bastante ilustrativo o tratamento dispensado pelo legislador à inafiançabilidade do inciso XLIII.

**Bom seria que vingasse o Projeto de Lei nº 4.208/2001 sobre prisão e liberdade, o qual permite ao Juiz, em casos de prisões em flagrante, impor medidas cautelares diversas.**

Para regulamentar o referido inciso XLIII sobreveio a Lei nº 8.072/1990. Considerou não ser possível a liberdade provisória com ou sem fiança para os crimes por ela definidos como hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo (art. 2º, inc. II).

Dividiram-se a Doutrina e a jurisprudência entre os que consideravam inconstitucional a vedação por ofensa ao Princípio da Presunção de Inocência, pois ela acarretava a manutenção em prisão de quem foi pego em flagrante, sem verificação de sua necessidade cautelar, antecipando a pena e dando ao acusado tratamento de condenado antes de ser definitivamente julgado, e os que entendiam poder a lei, conforme autorização dada pelo inciso LXVI, negar a liberdade provisória com ou sem fiança para determinadas infrações e, ainda, estar a vedação abrangida pela afirmação de inafiançabilidade do inciso XLIII.

Sobreveio a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/1997). Diferentemente da Lei nº 8.072/1990, repetiu os dizeres do inciso LXVI, afirmando ser os delitos nela especificados inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 1º, § 6º). Pretendeu-se a extensão desse dispositivo mais benéfico à Lei

nº 8.072/1990, de modo a abranger também os crimes hediondos, de tráfico de entorpecentes e terrorismo, com o argumento de que ele representava uma posição mais atualizada do legislador em relação ao regramento do inciso LXVI. Não vingou, contudo, essa tentativa na jurisprudência, sendo a extensão repelida pelo Supremo Tribunal Federal.

Mais recentemente, com a Lei nº 11.464/2007, foi alterado o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/1990, o qual agora não permite mais somente a fiança.<sup>8</sup> O entendimento normal seria o de que, como sucedeu com a Lei de Tortura, fosse admitida então outra espécie de liberdade provisória. Todavia, entendeu uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal que a inafiançabilidade do inciso LXVI significaria a impossibilidade de qualquer espécie de liberdade provisória.<sup>9</sup> Como houve decisão diferente da outra Turma,<sup>10</sup> a matéria está para ser apreciada pelo Plenário.

Como anteriormente acentuado, falta uma melhor regulamentação da liberdade provisória, de sorte que se tenha uma escala gradativa e proporcional de medidas cautelares para a hipótese da prisão em flagrante, havendo, entre elas, umas mais severas do que a imposição de fiança, as quais poderiam assim caber em casos de crimes hediondos, como o recolhimento domiciliar. A dificuldade sentida no Supremo Tribunal Federal está em conciliar o texto constitucional do inciso LXVI com a liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do CPP, que impõe ao liberado o único ônus de comparecimento aos atos do processo, enquanto a concessão de fiança é cercada de exigências maiores.

Bom seria que vingasse o Projeto de Lei nº 4.208/2001 sobre prisão e liberdade, o qual, conforme outros países, permite ao Juiz, em casos de prisões em flagrante, impor medidas cautelares diversas, sendo a mais rigorosa a manutenção da prisão, somente possível quando o caso comportasse aprisionamento preventivo.

Merece destaque a interpretação dada pelo Supremo ao dispositivo da Lei de Armas (Lei

nº 10.826/2003), que vedava a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 21). Entendeu-se que a restrição não se afinava com o ordenamento constitucional, por se mostrar desarrazoada, uma vez que os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo” são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade, enquanto a vedação à liberdade provisória nos crimes de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, de “comércio ilegal de arma de fogo” e de “tráfico internacional de arma de fogo” estaria em descompasso com os Princípios da Presunção de Inocência e da Obrigatoriedade de Fundamentação dos Mandados de Prisão pela Autoridade Judiciária Competente.<sup>11</sup>

Outra mudança importante na orientação dos Tribunais Superiores houve na interpretação do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos e Assemelhados), o qual impunha aos condenados pelos crimes referidos nessa lei o regime fechado integral. O Supremo Tribunal Federal afirmou a inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime por ofensa ao Princípio da Individualização da Pena (art. 5º, inc. XLVI).<sup>12</sup> Isso fez com que, por meio da Lei nº 11.464/2007, o artigo fosse alterado, permitindo-se a progressão e fixando-se o regime fechado como inicial somente.

## 6 Direitos e garantias do preso

Há várias normas constitucionais que consagram importantes direitos e garantias do preso.

8. Ver a respeito do tratamento dispensado à liberdade provisória da Constituição Federal até a Lei nº 11.464/2007, Antonio Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2007, nºs 32.1 a 32.4.

9. A 1ª Turma do STF decidiu, no HC nº 93.302 (Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 25/3/2008, DJ de 8/5/2008), que “a proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII)”.

10. HC nº 92.824, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

11. ADIn nº 3.112-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2/5/2007, DJ de 26/10/2007.

12. HC nº 82.959-SP, j. 23/2/2006, DJU de 1º/9/2006.

Assim, para proteger o preso contra prisões indevidas e para permitir a pessoas de seu relacionamento encontrá-lo e contatá-lo, o inciso LXII determina a comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre ao Juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O Juiz, ao receber a comunicação, caso visualize ilegalidade na prisão, deve relaxá-la (art. 5º, inc. LXV).

Os incisos LXIII e LXIV contemplam direitos do preso. Deve ele ser informado a respeito de seus direitos e, necessariamente, sobre os seguintes: o de permanecer calado (direito ao silêncio), o de ser assistido pela família e por Advogado; o de que sejam identificados os responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Logo depois da Constituição, concluiu-se não estar o direito ao silêncio dirigido somente ao preso, devendo ser estendido ao investigado solto, em atenção ao Princípio da Isonomia. Por isso, as regras do CPP sobre interrogatório deviam se ajustar ao direito constitucional ao silêncio. Portanto, não prevaleciam mais os dispositivos que autorizavam o Juiz a levar em conta o silêncio do acusado na formação de sua convicção. Posteriormente, o CPP foi alterado pela Lei nº 10.792/2003, afirmando-se expressamente o direito do acusado de permanecer calado e de não responder às perguntas a ele formuladas (art. 186, *caput*) e estatuiu-se que o silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa do acusado (art. 186, parágrafo único).

## **7 O equilíbrio entre as necessidades de garantir a segurança social e de preservar a liberdade**

A legislação elaborada logo após a Constituição

13. Ver, assim, Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, que conclui não ser "legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental ou final" (p. 86).

mostrou-se rigorosa: ampliou a prisão processual, com a prisão temporária, e restringiu excessivamente a liberdade provisória, chegando a vedá-la inteiramente em relação aos crimes hediondos. Tudo além do que poderia ser considerado o balanceamento necessário entre a segurança social e a liberdade individual, justamente quando a Constituição Federal acenava para a necessidade de ser atingido o ponto de equilíbrio, aumentando a proteção individual da liberdade principalmente com a consagração do Princípio da Presunção de Inocência.

**A meta é produzir uma legislação que sirva eficazmente para o combate a determinados delitos graves ou à criminalidade organizada, e que preserve as garantias essenciais de um processo justo.**

A Doutrina, em boa parte, não aceitou esse caminho legislativo. Procurou dar à Constituição exegese no sentido de não ser possível nenhuma prisão que não tenha natureza cautelar instrumental ou final,<sup>13</sup> entendendo, por isso, que não podia a lei ordinária impedir totalmente a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou impor regime fechado integral.

A jurisprudência, com algumas exceções, andou inicialmente no mesmo sentido do legislador, mostrando-se também rigorosa ao interpretar os dispositivos legais atinentes à prisão e à liberdade: afirmou a constitucionalidade da legislação nova restritiva e não admitiu influência na legislação anterior dos novos princípios constitucionais garantidores. Assim, entendeu-se que o Princípio da Presunção de Inocência não impediria as espécies

de prisão até então admitidas, inclusive a decorrente de pronúncia ou sentença condenatória assentada em falta de primariedade e bons antecedentes, e não em juízo cautelar. Não vingou nos Tribunais a tese da inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos no ponto em que restringira completamente a liberdade provisória com ou sem fiança ou impusera o cumprimento da pena integralmente em regime fechado.

Contudo, esse panorama alterou-se significativamente nos últimos anos.

Os Tribunais Superiores admitiram, em caso de crime afiançável, a permanência do acusado em liberdade durante o julgamento do recurso extraordinário ou especial, se pagou o valor da fiança.<sup>14</sup> Em caso de condenação a pena restritiva de direitos, concluíram não ser possível execução antes de a condenação transitar em julgado, em virtude do disposto pelo artigo 147 da Lei de Execução Penal.<sup>15</sup> Admitiram o direito do acusado de apelar em liberdade para ser assegurado o duplo grau de jurisdição e para não ser ofendido o Princípio da Presunção de Inocência, chegando o STJ a editar nesse sentido a Súmula nº 347. O STF afirmou a inconstitucionalidade de imposição de regime fechado integral nos crimes hediondos e assemelhados (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990) por ofensa ao Princípio da Individualização da Pena do artigo 5º, inciso XLVI.<sup>16</sup>

Essa tendência refletiu na legislação. A Lei dos

Crimes Hediondos e Assemelhados foi alterada pela Lei nº 11.464/2007, de modo a permitir a progressão de regime e somente vedar a fiança. O CPP foi bastante modificado por recentes leis (Leis nºs 11.689, 11.690 e 11.719), de sorte que fica assegurado a todos os acusados o direito de apelar em liberdade, independentemente de estarem soltos ou presos.

Entenderam os Tribunais Superiores que o recurso extraordinário e o especial não têm efeito suspensivo (art. 637), permitindo-se, portanto, o início da execução antes de existir condenação definitiva.<sup>17</sup> Este assunto está, agora, pendente de solução no Plenário do STF.

Não é fácil atingir o ponto justo e equilibrado, mas a regra deve ser a preservação da liberdade, só se admitindo a prisão se cautelar e quando estritamente necessária. A meta é produzir uma legislação que sirva eficazmente para combate a determinados delitos graves ou à criminalidade organizada e que, ao mesmo tempo, preserve as garantias essenciais de um processo justo. ■

14. STF, HC nº 75.318-RJ, HC nº 72.169, RHC nº 73.151; STJ, HC nº 11.178-SP, HC nº 7.360-RS.

15. STJ, HC nº 36.257-GO, HC nº 31.053, HC nº 26.942, HC nº 28.290.

16. HC nº 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio.

17. Posteriormente, a Lei nº 8.038/1990, em seu artigo 27, § 2º, reafirmou a regra do CPP no sentido de que os recursos extraordinário e especial não têm efeito suspensivo. Antes e depois dessa Lei vem o STF assim decidindo: HC nº 69.964-2-RJ, Plenário, 18/12/1992, DJU de 1º/7/1993, p. 13143; HC nº 70.072-1-RJ, 9/3/1993, DJU de 16/4/1993, p. 6436; HC nº 70.296-1-DF, 8/6/1993, DJU de 24/9/1993, p. 19576.

## Bibliografia

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *A presunção de inocência e a prisão cautelar*, São Paulo, Saraiva, 1991.

PORTO, Luiz Guilherme Moreira. “O Projeto de Lei nº 4.208/2001 - Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, in FERRARI, Eduardo Reale (coord.), *Código de Processo Penal: comentários aos projetos de reforma legislativa*, Campinas, Millennium, 2003.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2007.

## ACÓRDÃOS

HC-QO nº 85.298;

HC nº 69.964-2;

HC nº 70.072-1;

HC nº 70.296-1;

HC nº 36.257;

HC nº 82.959;

HC nº 75.318;

RHC nº 73.151;

HC nº 11.178;

ADIn nº 3.112;

HC nº 93.302;

HC nº 92.824.