

PRISÃO TEMPORÁRIA E CRIMES HEDIONDOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA/1988

Mestre RÔMULO PIZZOLATTI (*).
CPGP/UFSC

1 - RESUMO

O presente artigo pretende fazer reflexões sobre a prisão temporária, instituída pela Lei Federal nº 7.960, de 21/12/89, e sobre os crimes hediondos regulados pela Lei Federal nº 8.072, de 25/07/90, em face do texto da Constituição da República, promulgada em 1988. Aponta, inicialmente, essas leis infraconstitucionais como componentes de um movimento de "sístole" (fechamento), em contraposição à "diástole" (abertura), em termos de direitos humanos, operada pela novel Constituição da República. Demonstra que a prisão provisória não visa

(*) Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina.

punir, nem acautelar, mas simplesmente constituir prova, revestindo a condição de tortura moral, preordenada a fazer o suspeito confessar ou autoincriminar-se, razão pela qual é inconstitucional em face do Art. 5º, incisos LVI (inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos) e LIV (privilegio a autoincriminação, insito na cláusula do devido processo legal) da Constituição da República. Quanto à lei que dispõe sobre os crimes hediondos, o artigo denuncia-lhe sérios desvios da rota traçada pela Constituição, em especial quanto ao princípio da individualização da pena (CF Art. 5º, XLVI), na medida em que a lei determina que a pena dos crimes hediondos seja integralmente cumprida em regime fechado.

2 - INTRODUÇÃO

O general GOLBERY DO COUTO E SILVA, com apoio em OLIVEIRA VIANA, dizia que os sistemas políticos alternam movimentos de diástoles (aberturas) com movimentos de sístoles (fechamentos). (1)

A lei golberyana da alternância das diástoles com as sístoles também é aplicável ao sistema jurídico.

A demonstração dessa tese pode ser feita mediante a análise das Leis Federais nºs 7.960, de 21/12/89 e 8.072, de 25/07/90, a primeira versando sobre "prisão temporária", e a segunda sobre "crimes hediondos".

Confrontadas essas leis com o texto da Constituição da

República, concluir-se-á que representam brusco movimento de "sístole", em contraposição à "diástole" operada pela Constituição da República promulgada em 1988, em tema de direitos da pessoa humana.

Mas enquanto nos sistemas políticos as sístoles são provocadas pela força, ordinariamente "manu militari", nos sistemas jurídicos são introduzidas pelos parlamentos, que representam a vontade geral da nação, o que lhes conferiria, em princípio, legitimidade.

O argumento, todavia, não prospera, na medida em que, nos sistemas jurídicos de Constituição rígida, como o nosso, a Constituição é a lei suprema, sendo, por consequência, inválida e ilegítima qualquer norma abaixo dela que a contrarie.

Se, pois, a Constituição promulgada em 1988 operou movimento de expansão no sistema jurídico nacional, em tema de direitos da pessoa humana, a contração pretendida pelas leis federais nºs 7.960 /89 e 8.072/90 é absolutamente inconstitucional.

O artigo pretende demonstrar analiticamente essa proposição, de ordem jurídica, inclusive mediante o enfoque interdisciplinar.

O tema ganha relevância extraordinária ao ferir a questão da viabilidade do projeto de Estado e sociedade concebido pela Constituição, cujo parto está se mostrando difícil e arrastado.

Reflexões de toda ordem brotam dessa questão fundamental.

Ao sociólogo e ao cientista político interessará investir a eficácia social do movimento de diástole (abertura), representado pela Constituição, na medida em que os próprios congressistas/

constituintes que a escreveram são os primeiros a opor-lhe Obstáculos, mediante contrações, de que as leis 7.960/89. e 8.072/90 são exemplos iniciais.

Ao jurista, a cujo campo se circunscreve o presente artigo, importa apenas submeter as leis infraconstitucionais ao teste de harmonia com a Constituição, resolvendo os conflitos que surgirem, atento às palavras do insuperável PONTES DE MIRANDA: *"A Justiça é um dos poderes: o Poder Judiciário. Porque lhe Incumbe aplicar as leis , cabe-lhe aplicar, ainda contra leis, a Constituição, que é a lei maior e corta as outras que se lhe oponham."* (2)

- A Prisão Temporária e suas Hipóteses

A Lei Federal nº 7.960, de 21/12/89, estabelece três hipóteses em que uma pessoa poderá ser presa temporariamente, por cinco dias, prorrogáveis pelo mesmo período, por ordem judicial: a) quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; b) quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; e c) quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: c.1) homicídio doloso; c.2) seqüestro ou cárcere privado; c.3) roubo; c.4). extorsão; c.5) extorsão mediante seqüestro; c.6) estupro; c.7) atentado violento ao pudor; c.8) rapto violento; c.9) epidemia com resultado de morte; c.10) envenenamento de água

potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificada pela morte; c.11) quadrilha ou bando; c.12) genocídio; c.13) tráfico de drogas; e c.14) crimes contra o sistema financeiro (Artigo 1º, incisos I a III).

A Lei Federal nº 8.072, de 25/07/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, faculta, para tais crimes, seja a prisão temporária decretada por trinta dias, prorrogáveis pelo mesmo período (Artigo 2º, § 3º).

- A Prisão Temporária como Sucedâneo Legal da "Prisão para Averiguações"

Aquilo que se denomina "prisão para averiguações" trata-se de criação da praxe policial, típico "jeitinho" tupiniquim, visando facilitar as investigações policiais.

"Como as autoridades policiais são obrigadas a dar nota de culpa ao preso no prazo de vinte e quatro horas, existe o hábito - diz LEIB SOIBELMAN (3) - de prender suspeitos de crimes por um prazo menor de vinte e quatro horas, para averiguações. É uma prisão totalmente ilegal".

Visto que a prisão para averiguações funcionava, a legislação draconiana do período de exceção, em que a Constituição eram Atos Institucionais, tratou de institucionalizá-la.

Daí a revogada Lei de Segurança Nacional estabelecer que "durante as investigações, a autoridade responsável pelo inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia por até trinta dias,

fazendo comunicação à autoridade judiciária competente" (Lei Federal nº 6.620, de 17/12/78, Art. 53, "caput"). De par com a prisão temporária, poderia ser imposta incomunicabilidade ao indiciado, por até oito dias (Art. 53, § 1º).

Sob a égide da Emenda Constitucional nº 01/69, o hoje Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO profligava, com veemência, a "prisão para averiguações": *"As limitações constitucionais ao poder do Estado abrangem tanto as prisões penais como as prisões civis. O princípio da legalidade., instituído em favor da preservação das liberdades públicas, condiciona, rigidamente, a realização das prisões. Daí por que o Judiciário tem censurado o comportamento arbitrário e criminoso dos agentes policiais que efetuam essas abusivas prisões para averiguações (RT, 425:352, 454:456, 457:442, 457:447, 403:314, 427:468). (4)*

E concluía no sentido de que merecia censura: *"... a conduta dos agentes policiais que dela (da prisão para averiguações) lancam mão, esquecendo-se de que a investigação deve preceder a prisão. Investiga-se primeiro para depois prender-se. O contrário-prender para investigar - Implica uma verdadeira subversão de princípios jurídicos". (5)*

Deitado por terra, com a abertura democrática' O grosso da legislação autoritária, e definitivamente sepultado com o advento da Constituição da República/88, a "prisão para averiguações" ficou fora da lei, incluindo-se, tão somente, na Lei de Abuso de Autoridade (Lei Federal nº 4.898, de 09/12/65.

O jurista que não desce das alturas dos princípios constitucionais, muitas vezes não vê que, lá embaixo, a legislação infra-constitucional faz trabalhos de sapa, buscando derruir, pouco a pouco, a ordem constitucional.

A "prisão para averiguações", na verdade insepulta, qual fênix renasce agora, sob a roupagem das Leis Federais nºs 7.960/89 e 8.072/90, com força e vigor redobrados.

É que a só promulgação de uma Constituição não tem o mágico efeito de transformar a sociedade toda, muito menos nos seus níveis microfísicos, ou, na frase de MICHEL FOUCAULT : *"... nada mudará a sociedade se os mecanismos do poder que funcionam fora, abaixo, ao lado dos aparelhos de Estado a um nível muito mais elementar, quotidiano, não forem modificados."* (6)

- A Natureza da Prisão Temporária

Os povos que alcançaram o estágio da civilização e a Constituição da República/88 conhecem duas espécies de prisão criminal. (7)

A primeira delas é a prisão penal, utilizada como meio de repressão dos crimes e contravenções, caracterizada como pena privativa de liberdade. Constitui-se das subespécies reclusão, detenção e prisão simples, comportando, umas sim, outras não, regimes de cumprimento diversos: fechado, semi-aberto e aberto (Código Penal, Art. 33).

A segunda é a prisão processual, empregada em benefício

da atividade desenvolvida no processo penal, como espécie do gênero coerção processual, comportando as subespécies prisão em flagrante e prisão preventiva, abolidas que estão, em face da Constituição da República/88 (Art. 5º, inciso LVII), a prisão por pronúncia e a prisão por sentença condenatória recorrível. (8)

A Lei Federal nº 7.960/89 introduziu no ordenamento jurídico nacional pós-Constituição da República/88 um *tertium genus*: a prisão de natureza probatória, que a Constituição não só não alberga, como repudia com veemência, mercê dos princípios que inscreve em seu texto.

A tese que se pretende demonstrar é a de que a prisão temporária não tem natureza punitiva (não é pena), nem cautelar (não é cautela). Visa, pura e simplesmente, à obtenção de prova.

Para demonstrar essa tese, necessária uma análise interdisciplinar, através da abordagem psiquiátrica dos efeitos do encarceramento sobre o comportamento humano. ERIC BERNE, psiquiatra norte-americano, dá tratamento adequado ao tema: *"Assim como o corpo humano tem fome de comida e vitaminas e se depaupera sem elas, o sistema nervoso tem fome de sensações e se desmantela se elas lhe são negadas. Isso é sabido pela polícia política de muitos países, e também pelos prisioneiros que foram postos em confinamento solitário. Foi uma grande surpresa quando este fato pela primeira vez veio à luz durante os julgamentos trotskistas na Rússia da década de trinta. A maioria das pessoas pensava que os trotskistas que confessavam seus crimes deviam ter sido induzidas por terríveis*

torturas a prestar falsos testemunhos. Mas tudo o que se necessita para fazer uma pessoa confessar quase tudo é mantê-la em confinamento solitário bastante tempo, seja com uma brilhante lâmpada sempre acesa ou em completa escuridão. Monotonia é a palavra chave: nenhum contato humano, nenhuma mudança no ambiente (nem mesmo o nascer ou pôr do sol) e a mesma comida saída das mesmas lúgubres panelas e servidas nas mesmas sinistras tigelas todos os dias. Em tais condições o sistema nervoso se enfraquece e com ele a mente. O desejo de sensações se torna tão imperioso que a vítima fará qualquer coisa por um cigarro ou algumas palavras com outro ser humano, mesmo o mais perverso". (9)

Como a prisão temporária não é punitiva, nem acautelatória, a sua única finalidade é produzir prova, é obter a confissão do suspeito ou fazer com que se autoincrimine, ou produza prova contra si mesmo. Se assim não fora, incompreensível a locução do Art. 1º, inciso I, da Lei Federal nº 7.960/89; é cabível a prisão temporária "quando imprescindível para as investigações do inquérito policial".

A "prisão temporária" do suspeito só se reveste de imprescindibilidade para as investigações quando estas se desencaminham, seja por falta das diligências que a lei comete à autoridade policial (Código de Processo Penal, Arts. 6º e segs.), seja pelo não emprego do método científico, que deve presidir à investigação criminal moderna.

O confinamento (prisão) de uma pessoa para afligi-la a

ponto de que confessasse, era um dos meios de que lançava mão a Inquisição, nos tempos medievais, para ter um culpado.

Nos dias de hoje, todavia, há métodos científicos de investigação, as autoridades policiais recebem preparo, durante meses, em academias de polícia, e o Código de Processo Penal estabelece uma série de diligências, que compõem o inquérito (CPP, Arts. 6º e segs.), para a apuração das infrações penais e sua autoria, cientificamente.

Por isso mesmo, admitir o tormento moral do suspeito, que constitui a própria alma da prisão temporária, para extrair-lhe a verdade, equivaleria a fazer retroceder a investigação criminal ao tempo da Inquisição. Ao contrário, deve a investigação criminal avançar no sentido da busca da verdade pela ciência, com absoluta preservação da liberdade, dignidade e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Pode-se intimar um suspeito ou um indiciado para que, na Delegacia de Polícia, ou em Juízo, preste declarações e, se desejar, confesse a prática de um crime, ou subministre à autoridade elementos de convicção sobre o delito. Jamais se poderá, entretanto, encarcerar uma pessoa de que se suspeita para o fim de, ainda que indiretamente, constrangê-la moralmente à confissão ou à autoincriminação.

Assim como a tortura física não é admitida, na investigação e no processo penal modernos, a tortura moral, consubstanciada na "prisão temporária", é igualmente execrável, à luz do Estado de

Direito e dos princípios insertos na Constituição da República/88.

Eis como, pois, a "prisão temporária" reveste a condição de tortura moral, preordenada à obtenção de prova.

- A Prisão Temporária e a Cláusula Constitucional do "Due Process of Law"

A cláusula do "devido processo legal", sintetizada na quinta e sexta emendas à Constituição dos Estados Unidos, representa a mais aperfeiçoada conquista jurídica da civilização para garantir a liberdade da pessoa humana contra a ação arbitrária do Estado.

Segundo JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (10), essa cláusula constitucional é ampla e abrange, dentre outros, os seguintes direitos: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da peça acusatória; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação destas para comparecimento perante os Tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis editadas ex post facto; f) direito à plena igualdade com a acusação; g) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas ou ilegitimamente produzidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação; k) direito de não ser subtraído ao seu juiz natural.

A Constituição da República/88 agasalha a cláusula do devido processo legal no seu Art. 5º, incisos XXXVII, XXXIX, XL, LIII,

LIV, LV, LVI, LVII, LXII, LXIII, em especial.

A cláusula do "due process of law" não se compadece de modo algum com a prisão temporária instituída pela Lei nº 7.960/89, notadamente por duas razões.

Em primeiro lugar, a prisão temporária esbarra no privilégio contra a autoincriminação. Ninguém pode ser obrigado, por meio de confinamento, a confessar crimes, mesmo que os tenha praticado, ou a ajudar nas investigações policiais, de modo a produzir prova contra si mesmo, isto é, autoincriminando-se.

Em segundo lugar, como a prisão temporária reveste a natureza de tortura moral com finalidade probatória, vulnera o inciso LVI do Art. 5º da Constituição da República/88, para o qual "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Não é, evidentemente, lícito ao Estado, à luz do "due process of law", obter a confissão do suspeito, ou que ele "cave a própria sepultura", privando-o, não só da liberdade, mas de tudo aquilo que a liberdade proporciona. Uma confissão obtida a um suspeito que, nas hipóteses da Lei Federal nº 8.072/90 (Art. 2º, § 3º), foi submetido a trinta ou sessenta dias de confinamento, não se pode dizer obtida lícitamente, nem que manifestou a vontade "livremente". O confinamento, como demonstra a psiquiatria, é tortura moral e meio adequado a fazer qualquer suspeito "confessar" crimes.

Destarte, a prisão temporária, tomada na sua hipótese-padrão, que é a do inciso I do Art. 1º da Lei Federal nº 7.960/89, isto é, "quando imprescindível para as investigações do inquérito

policial", justamente porque tal hipótese configura o sucedâneo legislativo da famigerada "prisão para averiguações", é a prisão temporária absolutamente incompatível com a cláusula constitucional do "due process of law", inscrita na Constituição da República/88.

Quanto à primeira hipótese do inciso II do Art. 1º da Lei nº 7.960/89 ("quando o indiciado não tiver residência fixa"), apresenta-se, à primeira vista, como flagrantemente inconstitucional, por maltratar, de um lado, o princípio da legalidade (CF, Art. 5º, II), e, de outro, o princípio da isonomia (CF, Art. 3º, IV, "in fine" e Art. 5º, "caput", início).

Com efeito, ninguém é por lei obrigado a "ter residência fixa", de modo que não pode uma Lei, como a 7.960/89, estabelecer constrangimento (prisão) para a pessoa que deixa de fazer aquilo que a lei não o obriga a fazer, isto é, estabelecer residência fixa.

Aliás, a própria lei (Código Civil, Art. 32) trata da hipótese de uma pessoa não ter residência fixa, isto é, ter várias residências, para estabelecer qual o seu domicílio. Vê-se, pois, que a lei não só não proíbe a ausência de residência fixa por parte de uma pessoa, como, preocupando-se com a hipótese, regula-a civilmente, e não penalmente.

Acresce ainda a inconstitucionalidade da previsão legal da ausência de residência fixa como hipótese autorizadora da prisão temporária do indiciado, em face do princípio da isonomia, haja vista que a Lei nº 7.960/89 estabelece distinção indevida entre as

pessoas: os que têm e os que não têm residência fixa. A seguir-se a Lei Federal nº 7.960/89, a vasta maioria do povo brasileiro está, em tese, sujeita à prisão temporária. Porque são os de baixo, os "descamisados", aqueles dos quais a própria República Federativa do Brasil se confessa devedora (CF, Art. 3º, III), que não têm "residência fixa", nem tampouco "residência própria", emprego, saúde, educação e outros direitos sociais.

A segunda hipótese do inciso II do Art. 1º da Lei Federal nº 7.960/89, que prevê a prisão temporária do indiciado que "não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade", é, não só inconstitucional, em face do privilégio contra a autoincriminação, já que ninguém é obrigado a facilitar as investigações policiais, em prejuízo próprio. É também estapafúrdia e dispatada essa exigência legal de que o indiciado esclareça sua identidade, já que o Código de Processo Penal (Art. 259) regula adequadamente a hipótese, dizendo que "a impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física".

Finalmente, a prisão temporária na hipótese do inciso III do Art. 1º da Lei Federal nº 7.960/89, isto é, "quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes...", apresenta-se como puro abuso do poder, atacável por meio de habeas corpus (CF, Art. 5º, inciso LXVIII). Isso porque, se a autoridade policial tem "fundadas razões", lastreadas em prova, da

autoria ou participação do "indiciado" (se a lei assim o chama, é porque contra ele há "indícios") no crime, já está a investigação encerrada, pois há justa causa para o oferecimento de denúncia (Código de Processo Penal, Art. 648, I, contrario sensu). Nessas condições, seria realmente abusiva a prisão do indiciado, dado que o inquérito policial atingiu seus fins com a coleta de indícios, suficientes a conferir verossimilhança à denúncia. (11)

Em suma, a prisão temporária, em qualquer de suas modalidades, conflita com os princípios insertos na Constituição da República/88, em especial a cláusula do "due process of law", na forma demonstrada.

- Os Crimes Hediondos e seu Regramento Infraconstitucional

A Lei Federal nº 8.072/90 estabelece o regramento do inciso XLIII do Art. 5º da Constituição, que trata dos crimes hediondos e equiparados, isto é, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

A prática de crimes hediondos ou equiparados é reprimida pela Lei Federal nº 8.072/90 de forma severa, mediante: a) elevação das penas cominadas a esses crimes (Art. 6º); b) proibição de anistia, graça e indulto (Art. 2º, I); c) proibição de fiança e liberdade provisória (Art. 2º, II); d) cumprimento integral da pena no regime fechado (Art. 2º, § 1º); e) possibilidade de prisão em virtude de sentença condenatória recorrível (Art. 2º, § 2º); f) prisão temporária de até trinta dias, prorrogáveis por igual período (Art. 2º,

§ 3º); g) elevação do lapso temporal para obtenção de livramento condicional (Art. 5º).

As restrições sob as alíneas a, b, c e g, retro, se coadunam com o texto constitucional, na medida em que penas mais brandas e favores penais ou processuais são concessões da lei, e não da Constituição. Se era a lei que concedia o favor (v.g., liberdade provisória em crime de extorsão mediante seqüestro, hoje hediondo), a lei o pode cassar. Lei dá, lei tira.

Tratamento diverso, todavia, merecem as hipóteses sob as alíneas d, e, e f, supra. Com elas não se compade a Constituição da República/88, em matéria de garantias processuais penais, conforme se passará a demonstrar. A hipótese da alínea f (prisão temporária) já o foi, retro.

- OS CRIMES HEDIONDOS E A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição, em seu Art. 5º, inciso XLVI, estatui que "a lei regulará a individualização da pena...".

Embora se trate de norma de eficácia limitada, segundo a classificação tripartite de JOSÉ AFONSO DA SILVA (12), o certo é que a Constituição não conferiu competência ao legislador ordinário para "proibir", no todo ou em parte, a individualização da pena. A competência dada pela Constituição à lei ordinária é apenas para "re-regular" a individualização da pena. Nem mais. Nem menos.

Ora, o princípio da individualização da pena, mais que uma garantia da Constituição da República/88, aliás prevista nas

Constituições anteriores, é conquista inarredável dos povos civilizados, de modo que nela se albergaria pela janela do § 2º do seu Art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...".

Segundo JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (13), "A exigência de individualização da pena, que é de índole constitucional, deve ser analisada sob três aspectos principais: a) o da individualização legal, operada pelo legislador, por meio da abstrata cominação das sanções em função da maior ou menor gravidade objetiva do ilícito; b) o da individualização judicial, efetuada pelo magistrado, por meio da sentença, no momento da aplicação concreta da sanção penal; e c) o da individualização administrativa, concretizada na fase de execução da pena, ensejando-se, dessa forma., nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado. A individualização da pena, destarte, se dá em abstrato (previsão legislativa) ou em concreto (no momento da sentença e na fase de execução)".

Esses três momentos (legal, judicial e administrativo), em que se desdobra o princípio constitucional da individualização da pena, em função do percurso que vai desde a cominação da pena, passando pela sua aplicação, e indo até a sua execução, se fundem num só conceito, que é a individualização da pena. Retirar qualquer desses momentos da individualização seria o mesmo que fulminar o conceito mesmo de "individualização da pena".

Se a Constituição manda que a lei individualize a pena, deve ela prever os três momentos em que a individualização se concretiza: o legal, o judicial e o administrativo.

Daí a inconstitucionalidade do § 1º do Art. 2º da Lei Federal nº 8.072/90, ao estabelecer que a pena por crime hediondo ou equiparado será integralmente cumprida em regime fechado. Inconstitucional, porque fez tabula rasa da exigência constitucional da individualização da pena.

Não seria afrontada a Constituição, caso a lei se limitasse a restringir as fases da individualização administrativa da pena, v.g., suprimindo o regime aberto. Remanesceriam os regimes fechado e semi-aberto (Código Penal, Art. 33), que satisfariam a exigência constitucional. Foi além, e afrontou o comando supremo.

- Os Crimes Hediondos e a Presunção Constitucional de Inocência

O § 2º do Art. 2º da Lei Federal nº 8.072/90 estatui que "em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade".

Isso significa que restaurou, a critério do juiz, aquele efeito da sentença condenatória recorrível, constante do Art. 393, I, do Código de Processo Penal, de "ser o réu preso ou conservado na prisão ...".

Desse modo, sobrevivendo a sentença condenatória, poderá o juiz determinar a prisão do réu que respondeu ao processo em liberdade, com fundamento, tão só, na presunção - de fato - que resulta

da sentença, de que o réu é culpado - tanto que foi condenado.

Mas essa presunção é puramente de fato, de sorte que se não pode contrapor à presunção jurídica, de ordem constitucional, inscrita no inciso LVI do Art. 5º da Magna Carta, que proclama: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Não colhe o argumento de que o inciso LXI do Art. 5º da lei fundamental admite a prisão de uma pessoa "por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente". A expressão "ordem fundamentada" há de ser entendida como aquela que tem fundamento no ordenamento jurídico, e não, evidentemente, aquela em que se lançaram fundamentos (motivações), sem correspondência com o ordenamento jurídico.

Ademais, prender um acusado com base apenas numa decisão condenatória recorrível, à míngua dos pressupostos que autorizam a prisão preventiva, é executar provisoriamente a sentença não transitada em julgado, hipótese que contrasta com os princípios que regem o processo penal moderno.

Embora haja pronunciamentos favoráveis à tese liberal, na doutrina (14) e na jurisprudência (15), há posicionamentos contrários. (16)

Não é, porém, sem resistências que a nova ordem constitucional, instaurada pela Constituição da República/88, vai impôr-se ao ancien regime. A luta, segundo VON IHERING (17), é inevitável:

"Sempre que o direito existente esteja escudado pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos, e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se tenham corporificado sob a forma de direitos adquiridos".

3 - CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente artigo, mediante o confronto das Leis Federais n.ºs 7.960/89 e 8.072/90, com o texto da Constituição da República/88, verificar, por amostragem, em que grau a nova ordem constitucional está conseguindo afirmar-se no plano jurídico in- fraconstitucional.

O cotejo das primeiras com a última mostra que essas leis ordinárias são manifestamente inconstitucionais, promovendo, no pla- no jurídico- penal aquilo que o general GOLBERY DO COUTO E SILVA cha- mava "sístoles" (fechamento) nos sistemas polí- ticos, em contraposi- ção ao movimento diastólico (de abertura), representado pela Consti- tuição da Repú- blica/88.

É perturbador constatar que a nova ordem consti- tucional es- tá sendo minada já a partir do plano legislativo, e, mais grave que isso, pelos próprios congressistas/constituintes que a escreveram.

Nesse contexto dilemático, cabe ao Po- der Judiciário assumir de forma desassombrada o seu papel de guardião da Constituição,

para fazer valer o princípio da supremacia da Constituição Federal, atento às palavras do insuperável PONTES DE MIRANDA: (18) "A Justiça é um dos poderes: o Poder Judiciário. Porque lhe incumbe aplicar as leis, cabe-lhe aplicar, ainda contra leis, a Constituição, que é a lei maior e corta as outras leis que se lhe oponham."

4 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. SILVA, Golbery do Couto e. Conjuntura política nacional: o Poder Executivo & Geopolítica do Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1981. p.5-21.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. Tomo III. p. 552.
3. SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia do advogado. 3ª ed. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1981. p. 289 .
4. MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo, Saraiva, 1984. p.338.
5. _____. A tutela judicial da liberdade. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 526, ago., 1979.
6. FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Trad. de Roberto Ma-chado. 3ª ed. Rio de Janeiro, Graal, 1982. p. 149-150.

7. GARCIA, Basileu, apud ACOSTA, Walter P. O processo penal. 16ª ed. Rio de Janeiro, Ed. do Autor, 1984. p. 80.
8. TOVO, Paulo Cláudio & TOVO, João Batista. Primeiras linhas sobre o Processo Penal em face da nova Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1989. p.24.
9. BERNE, Eric. Sexo e amor. Trad. de Pedro Lourenço Gomes. 2-ª ed. Rio de Janeiro, J. Olympio, 1988. p.158.
10. MELLO FILHO, José Celso de. Constituição federal anotada. São Paulo, Saraiva, 1984. p.341.
11. REZEK, Francisco. Voto no Recurso de Habeas Corpus nº 64 . 439 -PR. Revista Trimestral de Jurisprudência. Brasília, S.T.F., 125*:145-147, jul., 1988.
12. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais . 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982. p. 72.
13. MELLO FILHO, José Celso de. Constituição Federal anotada. São Paulo, Saraiva, 1984. p.340.
14. TOVO, Paulo Cláudio & TOVO, João Batista. Primeiras linhas sobre o Processo Penal em face da nova Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1989. p.24.
15. COLLAÇO, Nauro Guimarães . Voto no Habeas Corpus nº. 8.912- Timbó. in: Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, Imprensa Oficial, 29/05/1989, p.7.

16. SCARTEZZINI, Cid Flaquer. Voto no Recurso de Habeas Corpus nº 497-SP. LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. São Paulo, Lex Editora, 11:200, jul. , 1990.
17. IHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Trad. de Richard Paul Neto. 2ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1980. p.22.
18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. Tomo III. p.552.