**SINOPSE DO CASE: O DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO NO CASO DE HOMÍCIDIO[[1]](#footnote-1)**

Ianna Pessoa Lima [[2]](#footnote-2)

Heliane Fernandes [[3]](#footnote-3)

1. **DESCRIÇÃO DO CASO**

Situação 1: João de Tal, brasileiro, casado, pai de 4 (quatro filhos), arrimo de família, pobre, com residência e emprego fixos, sem antecedentes criminais, foi denunciado pelo Ministério Público por ter cometido crime de homicídio simples (supostamente teria assassinado um desafeto, tomado de forte emoção). João de Tal em seu depoimento jurou inocência e alega ter alíbi para o dia do suposto crime, pois se encontrava trabalhando em uma obra como pedreiro, embora o cartão de ponto não tenha sido juntado aos autos do processo. Assim, considerando as provas, o júri popular condenou João de Tal, como incurso no crime de homicídio simples, a 7 anos de prisão em regime fechado. (decisão ainda não definitiva). Inconformado com a decisão, o advogado de João de Tal apelou, requerendo que réu aguardasse o julgamento de recurso em liberdade.

Situação 2: Tício Mérvio, filho de um rico empresário, brasileiro, solteiro, residência fixa, desempregado, com longos antecedentes criminais que envolvem (roubo, tentativa de homicídio e furto), foi denunciado pelo Ministério Público pelo crime de homicídio qualificado (supostamente teria matado sua namorada asfixiada durante o sono). Em seu depoimento, Tício Mérvio jurou inocência, pois diz que estava trabalhando na empresa de seu pai como entregador, contudo o cartão de ponto não fora juntado aos autos. o júri popular condenou Tício Mérvio a 7 anos de prisão, em regime fechado (decisão ainda não definitiva). Inconformado, o advogado de Tício Mérvio apelou da decisão e requereu que o condenado aguardasse o julgamento do recurso em liberdade.

***•*** Descrição dos personagens: 1) João de Tal: brasileiro, casado, foi denunciado pelo crime de homicídio simples. 2) Ministério Público: é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3) Júri Popular: A competência desses membros é compreender como os fatos se sucederam e se, realmente, o acusado é considerado culpado ou inocente. 4) Tício Mérvio: brasileiro, solteiro, foi denunciado pelo crime de homicídio qualificado. 5) Advogado: dedica-se à manutenção dos direitos de seu cliente.

**2 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DO CASO**

De acordo com os ensinamentos de Miguel Reale (1999, p. 1) o direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garantem a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Quem segue essas regras comporta-se direito; quem não, age torto.

Já Venosa (2005, p. 32) diz que o direito é uma realidade histórica, é um dado contínuo, provém da experiência. Só há uma história e só pode haver uma acumulação de experiência valorativa na sociedade. Não existe direito fora da sociedade.

Vários autores classificam o direito, mas um que se destaca e o Montoro (2005), que divide e analisa o direito em cinco aspectos principais: o direito como norma, como faculdade, como justo, como ciência e como fato social. a) direito-norma: de acordo com essa corrente o direito é a lei, uma regra social indispensável que tem caráter de sentença que afirma se podemos ou não praticar determinado ato. Segundo Hans Kelsen( 1990, p. 11), o direito norma é:

Uma ordem da conduta humana. Uma ‘ordem’ é um sistema de regras. O Direito não é, como às vezes se diz, uma regra. É um conjunto de regras que possui o tipo de unidade que entendemos por sistema. É impossível conhecermos a natureza do Direito se restringirmos nossa atenção a uma regra isolada. As relações que concatenam as regras específicas de uma ordem jurídica também são essenciais à natureza do Direito. Apenas com base numa compreensão clara das relações que constituem a ordem jurídica é que a natureza do Direito pode ser plenamente entendida.

b) direito-faculdade ou direito poder: ao afirmar que o “ Estado tem o direito de legislar”, estamos diante de uma faculdade, uma autonomia por parte do Estado de inventar leis que visam a organização e o convívio familiar. E nesse sentido que Meyer (1937, online) define o direito como “o poder moral de fazer, exigir ou possuir alguma coisa”. Já Kant (online), afirma que esse direito é uma “faculdade de exercer aqueles atos, cuja realização universalizada não impeça a coexistência dos homens”. Esse é também o aspecto focalizado por Ihering (online) ao propor a seguinte definição de direito: “é o interesse protegido pela lei”.

O direito-faculdade também e conhecido como direito subjetivo, pois, trata-se de um poder do sujeito, que pode ser dividido em : a) o direito-interesse; b) o direito-função. Que segundo Montoro( 2005, p. 35) o direito interesse é: “ muitos direitos são concedidos ou reconhecidos no interesse de seu titular com meios de permitir-lhe a satisfação de suas necessidades materiais ou espirituais. E o caso do direito à vida”, já o direito- função são, “direitos subjetivos, instituídos em benefício de outras pessoas. É o direito função, o direito de julgar ou de legislar, atribuídos ao juiz ou a legislador, em benefício da coletividade.”

c) direito-justo: o art. 5º da Constituição Federal dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...)”, esse direito busca garantir a todos o direito à justiça. Montoro (2005, p. 36) classifica o direito- justo em duas acepções:

a) Justo objetivo: algumas vezes o "direito”, na acepção de justo, designa o bem "devido" por injustiça. Por exemplo, quando dizemos que o salário de acordo com o pensamento de Kant, o direito tem por finalidade garantir a coexistência das liberdades. Seu princípio fundamental pode ser assim formulado; age segundo uma norma que possa ser praticada universalmente. O direito de exigir a devolução de um objeto emprestado, o direito de exigir o pagamento do salário etc. são normas que podem ser universalizadas e, por isso, jurídicas. b) Outras vezes "justo" significa a "conformidade" com a justiça. Por exemplo: quando digo que "não é direito condenar um anormal", quero dizer não é conforme à justiça.

d) direito-ciência: o direito também possui a característica de pesquisador, pois, através da metodologia, a rigidez científica e os fenômenos sociais buscam e estudam a origem do direito como norma e regras da sociedade, com a função de analisar o “dever-ser” e as normas jurídicas aplicando-as no tempo e no espaço, assim como afirma Venosa (2005, p. 34): “Direito é ciência do ‘deve ser’ que se projeta necessariamente no plano da experiência. Para cada um receber o que é seu, o Direito é coercível, isto é, imposto à sociedade por meio de normas de conduta.”

e) direito-fato social: essa corrente defende que o direito é um acontecimento da vida coletiva, pois, o direito é um dos setores da vida social, assim como afirma Venosa (2005, p. 35) que é adepto desta corrente e afirma: “refere-se sempre ao todo social como garantia de coexistência. Realizar o Direito é realizar a sociedade como comunidade concreta, que não se reduz a um conglomerado amorfo de indivíduos, mas forma uma ordem de cooperação”.

O direito possui ainda algumas teorias conhecidas como Teorias dos Círculos e o “Mínimo Ético”, que se classificam em:

lº) A teoria dos círculos concêntricos - Jeremy Bentham que idealizou a afinidade entre o Direito e a Moral, por meio da figura geométrica dos círculos. Os dois círculos seriam concêntricos, com o maior pertencendo à Moral. Segundo Paulo Nader (2002, p.30) essa teoria e classificada em: “a) o campo da Moral é mais amplo do que o do Direito; b) o Direito se subordina à Moral. As correntes tomistas e neotomistas, que condicionam a validade das leis à sua adaptação aos valores morais, seguem esta linha de pensamento.”

2º) A teoria dos círculos secantes - Para Du Pasquier, que seria a relação por meio dos círculos secantes. Assim, Direito e Moral possuiriam uma ligadura de jurisdição comum e, ao mesmo tempo, uma área privada autônoma.

3º) A visão kelseniana - separou o Direito da Moral, Hans Kelsen idealizou os dois sistemas como campos autônomos, onde a norma é exclusivo membro essencial ao Direito, e sua validade e eficiência não depende dos aspectos morais.

4º) A teoria do “mínimo ético” - Desenvolvida por Jellinek, a teoria do mínimo ético versa que o Direito concebe o mínimo de normas morais indispensáveis ao bem-estar da coletividade.

Os princípios no direito possuem duas finalidades, que é na criação das leis e na aplicação do Direito, por meio do uso de lacunas quando a lei for esparsa. Os princípios, segundo Mouchet e Becu( 1970 , p. 273) “guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sancionadas”. Quando a natureza dos princípios, eles são classificados em jusnaturalistas e juspositivistas. Os juspositivistas defendem que os princípios que regem o direito devem ser aplicados exatamente como diz à letra da lei sem a utilização do subjetivismo. Já os jusnaturalista defendem que os princípios do direito surgiram da vontade divina, surgiram do Direito Natural, e a justiça nasce através da reunião de valores e da vontade humanas autênticas e não concedidas pelo Estado.

O Estado de direito tema principal característica a proteção dos direitos humanos, porém, para que isso ocorre, o Estado deve se constituir de combinação com o modelo dos poderes autônomas e harmônicos; a ordem jurídica seja lógica e bem determinada; que o Estado se caracterize como pessoa jurídica carregadora de obrigações. Goffredo Telles Júnior( 1977, p.5) conhece o Estado de Direito por meio:“por ser obediente ao Direito; por ser guardião dos direitos; e por ser aberto para as conquistas da cultura jurídica”

Homicídio simples é encontrado no art. 121 do Código Penal com a pena de 6 à 20 anos. Já o homicídio qualificado esta no art. 121, § 2**º** com a pena de 12 à 30 anos.

**∙ Descrição das Decisões Possíveis**

a) Argumentos favoráveis para o recurso em liberdade para o João de Tal e Tício Mérvio;

b) Argumentos contra para o recurso em liberdade para o João de Tal e Tício Mérvio;

**2.2 Argumentos Capazes de Fundamentar cada Decisão**

a) Argumentos favoráveis para o recurso em liberdade para o João de Tal e Tício Mérvio:

De acordo com art. 647 e 654 do Código de Processo Penal e art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Onde “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O Direito Positivo aplicado sozinho não satisfaz a busca da apreensão da verdade o que viola o princípio da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, proporcionalidade, da humanidade e da individualidade para ocorra a apreensão da verdade é necessário fazer a reunião do Direito Positivo e do Direito Natural e suas vertentes, dentre elas a Filosofia do Direito. E ainda viola o princípio da dignidade humana, que segundo Nelson Nery Junior (2006, p. 118):

Ele é a razão de ser do Direito. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. Comprometer-se com a dignidade do ser humano é comprometer-se com sua Vida e com sua liberdade. É o princípio fundamental do direito.

Aqui aplica-se o direito-fato social, que é um fenômeno cultural, protegendo a vida coletiva, o direito-faculdade que é um poder prorrogativo do sujeito, é o poder que João e Tício possuem em relação a sua liberdade. Prevalecendo a corrente jusnaturalista, Tício e João devem ficar em liberdade, pois, eles praticaram o homicídio para preservação de suas vidas, e eles agiram por meio do estado natural.

Como exemplo, temos a jurisprudência: DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. **PACIENTE SOLTO AO TEMPO DA SENTENÇA**. DENEGAÇÃO DESFUNDAMENTADA. ORDEM CONCEDIDA. Admitindo a lei a possibilidade de recorrer em liberdade também nos crimes hediondos e determinando ao Juiz que decida a respeito, fundamentadamente, com maior rigor há de ser observada tal exigência quando denegado o beneficio a réu que se encontrava solto ao tempo da sentença, não bastando singela referência à natureza do delito para mandar prender como pressuposto de admissibilidade do recurso, o que só dispensa motivação em caso de condenação por tráfico de entorpecentes, quando tal recolhimento se impõe “ex vi legis” (TJRJ, 1ª CCrim., HC 778⁄95, Rel.Des. Paulo Gomes da Silva Filho, por maioria, vencido o Des. Paulo Sérgio Fabião, j.19⁄09⁄95 reg. em 28⁄11⁄95, Ementário 02⁄96, n.8, fia. 2915⁄2923, de 22⁄02⁄96.

b) Argumentos contra para o recurso em liberdade para o João de Tal e Tício Mérvio:

Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. De acordo com esse artigo é necessário manter João e Tício presos para que seja cumprida a lei penal , pois, eles cometeram o crime de homicídio e devem responder com a privação da sua liberdade

O homicídio é visto pela sociedade como norma imoral porque é um imperativo social, e a sua proibição através do Estado foi transformada para norma jurídica, pois, é importante para sociedade. De acordo com o direito-norma, a sociedade possui um conjunto de regras jurídicas que devem ser cumpridas, e na nossa sociedade temos o Código Penal que afirma que matar alguém é crime e você caso faça deve responder pelo seu ato com a pena privativa de liberdade e do direito justiça que age conforme a justiça, e um bem devido a uma pessoa por exigência da justiça.O homicídio para Montoro (2005, p. 185):

Viola a justiça comutativa, ofendem também a justiça geral (ou social) pelo grave prejuízo causado ao bem comum. Dão, por isso, origem a uma dupla ação: civil, para a reparação do dano, e penal, destinada à punição do delito. E ao mesmo tempo, é uma transgressão da justiça social – porque são um atentado contra o bem comum, na medida em que a ordem pública é prejudicada. Há, no caso, a violação de um duplo direito, o do particular e o da sociedade.

 Estamos diante de um crime que viola o bem jurídico mais precioso que é a vida humana, possuindo choques de cunho moral, regras de conduta e sobre o alcance da lei. João e Tício devem continuar presos segundo a corrente juspositivista, pois, não deve ocorrer o descumprimento da lei e sim a sua aplicação de acordo com o que diz a lei, estamos diante de pessoas perigosas e caso haja a liberação desses põe em risco a sociedade. Portanto, as leis devem ser usada a qualquer custo, visando o bem comum, a segurança jurídica. Seguindo assim o princípio da aplicação da lei penal, princípio do juiz natural, princípio da **Inderrogabilidade.**

Como exemplo, temos a jurisprudência:

RHC. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. NEGATIVA JUSTIFICADA EM FACE DE O RÉU SER MANTIDO PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS HÁBEIS. CONSTRANGIMENTO.A vedação de o Réu recorrer em liberdade se submete aos mesmos parâmetros de justificação do art. 312 do CPP, devendo o Juiz elencar situações concretas que impeçam a sua liberdade, advindos da permanência do quadro que sustentou a prisão inicialmente decretada ou mesmo em dados presentes e suficientes à demonstração do juízo de cautelaridade. A simples indicação de que o Réu esteve preso durante toda a instrução, bem assim de que os requisitos do art. 594 estariam presentes, não é motivação hábil a manter o Réu em cárcere, ainda mais quando o caderno processual consagra-lhe situação bastante favorável a ponto de garantir-lhe uma apenação e um regime menos gravosos.Recurso provido para permitir que o Réu responda o processo em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória.   
(RHC 22.696⁄RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 16.6.08).

**2.3 Descrição dos Critérios e Valores (Explícitos e/ou Implícitos) Contidos em cada decisão possível.**

- Princípio da presunção de inocência: Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.;**-** Princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF):o julgador a atuar em um determinado feito deve ser aquele previamente escolhido por lei ou pela Constituição Federal.;- Princípio da **Inderrogabilidade:** A pena deverá ser aplicada sempre que se configurar simetria perfeita entre o tipo penal e a atitude empregada pelo indivíduo.;- Princípio da Individualidade: A pena seja imposta ao criminoso de acordo com o grau de culpabilidade e em vista de certos requisitos a serem avaliados quando na aplicação da penalidade- CF, art. 5°, XLVI.;- Princípio da Inderrogabilidade: A pena deverá ser aplicada sempre que se configurar simetria perfeita entre o tipo penal e a atitude empregada pelo indivíduo- art. 23 CP.;- Princípio da Proporcionalidade: a pena deverá exercer função especificamente ao crime cometido, de acordo com a situação do delito, em caráter preexistente, contemporâneo e superveniente ao ato. (CF, art. 5°, XLVI e XLVII).;-Princípio da Humanidade: refere-se as vedações expressas da lei, proibindo as penas de caráter perpétuo, de banimento, cruéis de trabalhos forçados e de morte, salvo em caso de guerra declarada. (CF art. 5°. XLVII).

**REFERÊNCIAS**

BRASIL**, Código de processo penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_\_\_, **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituição.htm>

GODOFREDO, Telles Junior. **In Carta aos Brasileiros**, Jornal do Brasil, ed. de 08.08.77, lº caderno.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado***.* São Paulo: Martins Fontes, 1990, rad. Luis Carlos Borges.

M. E. Meyer. **Filosofia del derecho**, Ed. Labor, 1937.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo:

Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral.5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BECU. Ricardo Zorraquim; MOUCHET, Carlos. **Introduccion al derecho**. Buenos Aires, Perrot, 1970.

1. Case apresentado à disciplina de Introdução ao Estudo do Direito II, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB. [↑](#footnote-ref-1)
2. Aluna do 2º Período, do Curso de Direito, noturno da UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
3. Professora mestre, orientadora. [↑](#footnote-ref-3)