



FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LÍVIA MARCELA MINEIRO DA SILVA BOTELHO DE BRITO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA RE-
LATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF
NOS HCS 126.292 E 152.752**

Salvador

2019

LÍVIA MARCELA MINEIRO DA SILVA BOTELHO DE BRITO

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA RELATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF NOS HCS 126.292 E 152.752

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

LÍVIA MARCELA MINEIRO DA SILVA BOTELHO DE BRITO

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA RELATIVIZAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF NOS HCS 126.292 E 152.752

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

A meus pais, Marcelo e Elta, a própria expressão do Amor Divino, que abraçam meus sonhos como se deles fossem e me apoiam incondicionalmente em cada passo do caminho.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que de muitas formas tem me mostrado que o tempo Dele é melhor do que o meu. À minha família, meus apoiadores incondicionais em todos os meus projetos de vida, meu porto seguro, por toda a calma que transmitem, por serem o amparo nos dias ruins e me fazerem acreditar que os dias melhores podem ser reais, para sempre.

Ao meu pai, o melhor amigo da minha alma, meu fã número um, que divide comigo sempre de maneira bem-humorada as vitórias e derrotas do caminho. À minha mãe, cujo apoio incondicional é inabalável mesmo quando apresento a ela os mais insanos projetos de vida e por ser o colo para onde eu corro sempre que tenho medo do trajeto. Não existem palavras capazes de mensurar meu amor e gratidão por ser a filha de vocês. Às minhas avós, que se orgulham mais do que eu mereço. Em especial à Minha Vó Tereza, cujo maior medo é morrer sem conhecer meu diploma (eu te amo de um jeito que não caberia aqui).

A Neto, que acredita mais em minha capacidade de realizar coisas do que eu mesma e que me ensina a ser uma pessoa mais tolerante, com o exercício do convívio diário. Obrigada por dividir a sua vida comigo e me deixar dividir a minha com você.

À minha irmã, Lara, e aos meus afilhados, Cecília e Mariana, João e Heitor, que me ensinaram a amar de um jeito completamente novo e desejar ser melhor para construir um mundo melhor para eles. Aos meus amigos amados, especialmente Raissa e Hortênsia pela presença diária – na saúde e na doença, que tornam qualquer percurso mais leve. Ao Universo, por cruzar meus caminhos com os de Ana, Natalia, Érica, Patrícia, Renata e Everton. Ao pessoal da biblioteca da FBD, por toda ajuda. Por fim, às minhas terapeutas, que me ajudam a manter a sanidade mesmo nos momentos mais complicados.

Deixei minhas marcas
 No pó da estrada
 Que um dia cruzei
Nessa labuta severa
 Batalhas na guerra
 Perdi e ganhei
Nessa labuta severa
 Batalhas na guerra
 Perdi e ganhei
Se os caminhos são sete
O tempo cobra o frete
 De toda andança
 Por força do destino
 A vida é o cassino
De jogo e esperança
 No girar da roleta
 Olhos na tabuleta
 Perder ou ganhar
Numa aposta cigana
 Luta de sina tirana
 Nesse eterno jogar
Juntei os remendos da alma
 Em busca da calma
 De certo lugar
 De sonhos
 pintei a estrada
 Saída e chegada
 De ir e voltar”

Marcelo Brito

RESUMO

O presente trabalho monográfico destina-se à elucidação dos contornos e alcance do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência no âmbito do direito brasileiro. O princípio preceitua que o *status* de inocente deve ser mantido até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Para entender seu alcance e sua definição, o trabalho explora a evolução histórica dos sistemas penais, de modo geral e mais especificamente, a evolução histórica do regramento brasileiro com relação aos direitos fundamentais e ao direito penal. Posteriormente, passa a analisar a posição da Presunção de Inocência no ordenamento pátrio, diferenciando para tanto os direitos fundamentais de direitos humanos. Constatado o caráter fundamental, o presente estudo cuida de direitos fundamentais que se relacionam à presunção de inocência, bem como de institutos infraconstitucionais que servem como mecanismos para a efetivação de tão importante direito. A fim de verificar a efetividade do princípio da Presunção de Inocência, como a cautelaridade prisional, o encarceramento em massa e a situação inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Ademais, se propõe a analisar as decisões denegatórias do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos Habeas Corpus 126.292 e 152.752, examinando os principais argumentos trazidos pelos ministros, tanto em favor da concessão dos Habeas Corpus quanto daqueles utilizados para, no fim das contas, mudar o entendimento da Suprema Corte. Por fim, trata da constitucionalidade do novo entendimento adotado pelo STF.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Direito Fundamental. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
des.	Desembargador
Min.	Ministro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 01 Percentual de Presos Provisórios por Estado

63

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
2.1 HISTÓRICO E CONCEITO	14
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	22
3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS	30
3.1 DIREITO FUNDAMENTAL	30
3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:	32
3.2.1 Dignidade Humana	33
3.2.2 Liberdade	35
3.2.3 Legalidade Penal e Irretroatividade da Lei	38
3.2.4 Tutela Jurisdicional Efetiva no Processo Penal: Princípios decorrentes e interpretação normativa	41
3.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	45
3.3.1 <i>In Dubio Pro Reo</i>	45
3.3.2 Mandamentos de Hermenêutica: os princípios da Unidade Constitucional e Interpretação Conforme a Constituição	48
4 A COMPATIBILIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	51
4.1 TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE	55

4.2 INOBSERVÂNCIA DOS REGRAMENTOS DAS PRISÕES CAUTELARES E EN-CARCERAMENTO EM MASSA: REALIDADE FÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA	61
5 ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF: HC 126.292 E HC 152.752	65
5.1 FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO HC 126.292	65
5.2 FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO HC 152.752	71
5.3 ENTENDIMENTO ANTERIOR E JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA	73
5.4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES: RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	77
6 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	86

1 INTRODUÇÃO

Em 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento que havia consolidado em 2009, a respeito da possibilidade de executar provisoriamente a pena, antes do trânsito em julgado da condenação penal. Em 2018, a Suprema Corte brasileira posicionou-se novamente no sentido de permitir a execução provisória da pena, no julgamento do *Habeas Corpus* 152.752.

Diante das consequências jurídicas e sociais que decorrem de tais decisões, o presente trabalho visa fazer um estudo acerca da compatibilidade do teor decisório com o preceito fundamental da Presunção de Inocência.

O tema é de grande relevância, principalmente levando em conta o cenário político atual, em que se observa com clareza os contornos de uma sociedade que, visando a mudança da realidade social, vê na punição a solução efetiva para os problemas de criminalidade e violência e sobretudo, que acredita na impunidade como regra.

Demonstra ainda relevância frente aos impactos sociais que podem ser causados pelos entendimentos consolidados pelo STF, principalmente diante da possibilidade de inconstitucionalidade desses, levando em conta o papel de Guardiã da Constituição que foi atribuído à suprema corte.

O enfoque principal é demonstrar o papel da Presunção de Inocência em uma sociedade democrática de direito, visto que o bem jurídico tutelado pelo princípio em tela é a liberdade, para tanto são levados em conta os Direitos Fundamentais que regem a ideia de Estado de bem-estar social, bem como outros institutos jurídicos que coadunam tais ideais, além da realidade fática do aparato punitivo estatal no Brasil.

Desse modo, a finalidade última deste estudo é avaliar a aplicabilidade e efetividade do princípio da Presunção de Inocência, que embora seja constitucionalmente previsto encontra sua efetivação no âmbito do processo penal, verificando se a possibilidade de executar provisoriamente a pena reveste-se de inconstitucionalidade.

O presente trabalho monográfico divide-se em seis capítulos, sendo o primeiro e o último, respectivamente, introdução e conclusão. Em virtude do tema central, a Presunção de Inocência, todos os capítulos se relacionam, em maior ou menor grau, entre si.

O segundo capítulo trata da Presunção de Inocência sobre o viés histórico, em âmbito internacional, partindo de momento anterior ao seu surgimento para facilitar a compreensão de seu papel na sociedade, elucidando os contextos em que via de regra é suprimida, quais sejam, notadamente, cenários em que há um alto grau de autoritarismo estatal.

Ademais, é no segundo capítulo que se conceitua o instituto da Presunção de Inocência, com base em sua construção histórica e evolução ao longo do tempo. A segunda parte do capítulo volta-se à análise história da Presunção de Inocência no ordenamento jurídico brasileiro, desde a colonização até os dias atuais.

O terceiro capítulo trata do caráter fundamental da Presunção de Inocência, partindo da distinção doutrinária entre direitos fundamentais e direitos humanos. No bojo desse capítulo são brevemente examinados direitos fundamentais e princípios jurídicos que se coadunam com a ideia de *status* de Inocência e servem como fundamento e/ou instrumento para a efetivação da Presunção de inocência, tais como o princípio da Dignidade Humana e seus desdobramentos; a liberdade; a tutela jurisdicional efetiva, bem como os princípios que dela decorrem; a Legalidade Penal e a Irretroatividade da lei, bem como os princípios da interpretação conforme a constituição, da Unidade da Constituição e o *In Dubio Pro Reo*.

O quarto capítulo trata das Prisões Cautelares, institutos polêmicos, e da sua compatibilidade com o princípio da Presunção de Inocência. Para tanto, trata brevemente dos tipos de prisão cautelar admitidos hoje no direito brasileiro e da compatibilidade de cada um, individualmente, com a presunção de inocência.

A segunda parte do capítulo quatro trata de um assunto decorrente do mau uso dos institutos cautelares, qual seja o encarceramento em massa, perpassando a situação do sistema carcerário brasileiro e fazendo uma análise da relativização da Presunção de Inocência frente à realidade fática do aparato punitivo do Estado.

O quinto capítulo se propõe a analisar as decisões que ensejaram a escolha do tema, partindo dos fundamentos trazidos nos votos dos Ministros do STF, em cada decisão. A última parte do capítulo trata da análise de constitucionalidade do teor decisório, por fim, alcançando o objetivo do trabalho.

2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para entender, em princípio, a presunção de inocência enquanto elemento basilar de nosso sistema jurídico, é preciso que se analise todo o processo histórico-jurídico que o conduziu a tal posição, bem como em que contexto tal instituto surgiu.

2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

Partindo do Direito Romano, que influenciou significativamente a formação do ordenamento jurídico pátrio, assim como de outros países europeus e da América Latina, pode-se acompanhar o surgimento e desenvolvimento da presunção de inocência.¹

Por mais de mil anos os institutos processuais penais romanos foram desenvolvidos.² Da fundação de Roma até o último século da república, deu-se o período comicial, no qual os procedimentos penais se dividiam em *cognitio* e *anquisitio*.³

A *Anquisitio* surgiu com o advento da República. Nesta fase o direito romano buscou limitar o poder dos magistrados, instituindo, dentre outras coisas, garantias individuais frente ao Estado, bem como atribuindo ao povo a decisão final.⁴

Ao mesmo tempo, diminuiu as possibilidades de incidência da prisão provisória, até que, no século I a.C. tal modalidade de prisão foi vetada para todos os cidadãos romanos.⁵

Havia a possibilidade de defesa, feita pelo próprio acusado ou por outrem. Além disso, era possível a produção de provas. Tais fatos viabilizavam a instrução processual e debates em contraditório.

¹ SALERNO, Maria. ZEMUNER, Adiloar Franco. **A Importância do Direito Romano na formação do jurista brasileiro**. In: **Semina: Ciências sociais e Humanas**, Londrina, v. 27. n.2. p. 125-133. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3744/3005>>. Acesso em 22 de abr. 2019. p. 2.

² MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 03.

³ MORAES, Maurício Zanóide de, *op cit*, p. 05.

⁴ *Idem*, p. 10.

⁵ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.11.

O Julgamento se dava através de votação e para que o indivíduo fosse condenado, era preciso que a maioria dos votos fosse nesse sentido. Em caso de empate, em razão da dúvida que permanecia, o réu era declarado inocente. Para muitos isto pode ser considerado como uma manifestação do que chamamos de *In dubio pro reo* (princípio que se relaciona intimamente à presunção de inocência, como será demonstrado adiante).⁶

Posteriormente, com o advento do império, o sistema processual mudou novamente, voltando a ser centralizado, inquisidor e autoritário, superando assim as garantias anteriormente concedidas e a ideia de *in dubio pro reo*.⁷

Findo o Império Romano, vale destacar que na Alta Idade Média, apesar dos povos Visigodos e Longobardos terem sido os criadores do direito que serviu como base à criação dos ordenamentos jurídicos de Portugal e Itália (que por sua vez influenciaram o ordenamento jurídico Brasileiro), seus institutos jurídicos eram notadamente inferiores ao direito romano, por exemplo. E, assim como neste último, também não havia qualquer manifestação no sentido da presunção de inocência.⁸

Neste mesmo período da Alta Idade Média surgiu como nova fase de julgamento o sistema das Ordálias, ou juízo de Deus, também fundado na presunção de culpa, a ser desconstruída ou não pela vontade divina.⁹ As práticas utilizadas para testar a inocência eram cruéis e dificilmente alguém escapava das punições.¹⁰

No período da Baixa Idade Média em que se instaurou de forma calculada o sistema processual inquisitivo (posteriormente conhecido como “Idade das Trevas”), os perseguidos penalmente eram considerados inimigos da igreja e do Estado, presumidamente culpados, sem direito de se defender.¹¹ Nesse contexto, a parcialidade era um requisito fundamental ao julgador.

⁶ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 12.

⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*, p. 23.

⁸ MORAES, Maurício Zanóide de, *op. cit.* p. 40.

⁹ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 42.

¹⁰ MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3 Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2016. p. 65.

¹¹ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.. 54.

Dessa forma, é possível perceber que o retorno do sistema inquisitivo se deu para servir como elemento político voltado à dominação, ao controle social. Nota-se ainda que em qualquer das fases da Idade Média, não é possível identificar o menor indício de existência de presunção de inocência.

Após mais de seis séculos, encerrou-se o ciclo da inquisição. Para Maurício Zanóide de Moraes, todo esse período caracterizou-se pelos abusos e pela institucionalização da violência, o que acabou por deslegitimar o procedimento penal persecutório.¹²

Deste período, resta a lição, a ideia do que não repetir. E é com base nesse pensamento que os filósofos, juristas e demais pensadores iluministas, impulsionados pelo descaso do poder central para com as necessidades do povo, começam a pensar num novo ideal de Estado.¹³

O pensamento iluminista colocou ao lado da necessidade do poder central, para fins de organização estatal, pela primeira vez, a figura do homem, de quem o poder emanaria e a quem deveria se dirigir. Assim surgiu a ideia de que o poder é titularizado pelo povo e exercido pelo Estado, de sorte que todas as ações estatais devem visar o benefício do povo, para possuir legitimidade.¹⁴

Nesse sentido, tem-se a visão contratualista do Estado, segundo a qual o povo abre mão de parte de suas liberdades em prol do Estado, que, em contrapartida, passa a se preocupar e atuar em prol do bem de todos.¹⁵ “O Estado passa a ser fruto da vontade (contrato) social em cujo contexto o indivíduo passa a ter papel primordial”.¹⁶

No Estado iluminista a racionalidade era elemento basilar, que permitia ao homem figurar como foco da atuação estatal. Além disso, a ideia de igualdade se tornou um

¹² MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 72.

¹² MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*, p.70.

¹³ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*. p. 70.

¹⁴ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*. p. 71.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Editora L&PM, 2007. Versão Kindle, loc. 455.

¹⁶ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 72.

fundamento do ideal revolucionário da época, resultando, por exemplo, na busca por uma legislação “abstrata, geral, sem qualquer diferenciação entre os cidadãos”.¹⁷

No âmbito do processo penal, surgem diversas mudanças dentre as quais destaca-se a ideia de que o direito penal deve ser tratado como *ultima ratio* – de sorte que o Estado só deve atuar “na esfera de liberdades individuais do cidadão” em última hipótese. Ademais, surge o entendimento de que não devem ser passíveis de punição as convicções morais e religiosas, conferindo assim um caráter punitivo externo ao sistema criminal, inibindo seu uso para fins de exercício da violência contra o indivíduo.¹⁸

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli afirma que “o escopo do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”.¹⁹

O autor defende ainda que o processo penal encontrou no pensamento liberal uma limitação à possibilidade de punir, de sorte que:

podemos identificar os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e a intromissão inquisitiva, com a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, com a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, também com o respeito à sua verdade. Isso supõe, obviamente, que se conceba o direito penal não mais apenas como instrumento de prevenção de delitos, mas também (...) como técnica de minimização da violência e do arbitrário na resposta ao delito. Coerentemente com tais finalidades, o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das *liberdades do cidadão*, mediante a garantia da *verdade* – contra o abuso e o erro.²⁰

No mesmo sentido se posiciona Aury Lopes Jr., para quem, sob a perspectiva do pensamento liberal iluminista:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua *dupla função*: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como *efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais*, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos

¹⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.74.

¹⁸ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*. p. 75.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. p. 502.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. p. 503.

direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.²¹

As ideias iluministas cominadas com o cenário de insatisfação que dividia a sociedade da época, concentrando o povo e as classes ascendentes de um lado (com destaque para a burguesia, em franco crescimento), e as classes dominantes e religiosos de outro lado, acabaram por cominar na Revolução Francesa, que por sua vez deu causa à posterior “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789.

Foi na declaração francesa que, pela primeira vez na história, falou-se em Presunção de Inocência. O artigo nono do referido dispositivo preconiza que “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei”.²²

Nunca a perspectiva da inocência do acusado esteve presente durante a persecução penal. Desse modo, o processo deixou de ser um espaço no qual o acusador buscava evidenciar a certeza que já trazia consigo, da culpa do réu, passando a ser um espaço efetivamente persecutório, no sentido de que estava sendo buscado ali o esclarecimento dos fatos.²³

“O processo deixou de ser uma arma política do Estado”²⁴, passando a garantir proteção aos indivíduos, na medida em que instituía, dentre outras garantias, a presunção de inocência, dava ao acusado direito de defesa e estabelecia o contraditório e o livre convencimento motivado.

A presunção de inocência chegou a tornar-se constitucional, formal e materialmente, na França, uma vez que constava da Constituição francesa de 1791 e, posteriormente, da Carta de 1793, a qual, antes mesmo de entrar em vigor, acabou sendo substituída pela Constituição francesa de 1795, que suprimia, em flagrante retrocesso, uma série

²¹ LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Disponível em: <http://www.academia.edu/7839156/A_INSTRUMENTALIDADE_GARANTISTA_DO_PRO-CESSO_PENAL>. Acesso em: 01 mai. 2018, p.10.

²² ONU. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

²³ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 78.

²⁴ *Ibidem*, p. 79.

de garantias fundamentais anteriormente conquistadas, incluindo a presunção de inocência.²⁵

Foi observado, pouco mais de duas décadas após a declaração de direitos do homem e do cidadão, um retrocesso devido à promulgação dos Códigos Penal e de Processo Penal de Napoleão, que, novamente, deram ao processo penal a face de elemento de dominação estatal, valendo-se, para este fim, da supressão de garantias do acusado e expansão ilimitada dos “poderes judiciais no exame da prova”.²⁶

Napoleão inaugurou um sistema processual misto, cuja primeira fase lembrava muito o que temos hoje, no Brasil, em termos de inquérito policial: era uma fase em que não se admitia a produção de provas pelo acusado, ainda que objetivasse a busca da prova pelo acusador; tal fase também se caracterizava por ser sigilosa e escrita, da mesma forma que o inquérito policial, nos dias atuais.

A segunda fase, procedimental, seguia os padrões do modelo acusatório. Juntas, as duas fases inauguraram um “sistema misto”, que foi justificado – na mediada em que rompia com os ideais liberais que conduziram Napoleão ao poder – da mesma forma que o império justificou, em Roma, os seus desmandos: havia a suposta urgência política, a necessidade de vencer a impunidade.²⁷

Segundo Maurício Zanóide de Moraes:

A concepção da presunção de inocência, por sua natureza, é incompatível com qualquer procedimento penal concebido e orientado para finalidades político-persecutórias marginalizantes e subservientes a um Estado que vê o indivíduo (criminoso ou não) como inimigo público. Isto porque, todo modelo penal assim desenhado vai se projetar na esfera processual penal por meio da presunção de culpa.

Isso significa dizer que, após o implemento do sistema misto de napoleão, mais uma vez, a presunção de inocência foi substituída pela presunção de culpa, no processo penal, que voltou a caracterizar-se como direito penal do inimigo.

Para Rogério Greco, em toda sociedade amedrontada, em que se espalha a ideia de sujeição à violência ao mesmo tempo em que se chama a atenção para a impunidade latente, surge um terreno fértil para semear ideias voltadas ao que o autor denomina

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: 2001, p. 54.

²⁶ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 101.

²⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. *Ibidem*. p. 105.

de “Estado Penal” – que consiste num Estado sedento por punir, que aposta na criminalização de condutas como forma de controle social.²⁸

No entanto, o que se busca esclarecer é o fato de que a Presunção de Inocência foi pensada nos contornos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, abrangendo a todos, ainda que tenha deixado de ser observada posteriormente.

No mesmo sentido que a Declaração Francesa de 1789, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos.²⁹

Tal documento traz em seu artigo 11-1 a previsão expressa da Presunção de Inocência: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.³⁰

Na segunda parte o artigo 11 fala ainda em legalidade, garantindo ao indivíduo sua observância na medida em que veda a punição por conduta não tipificada ao tempo da prática do ato considerado delituoso.³¹ Ante o exposto, cabe agora elucidar o conceito de presunção de inocência.

O texto contido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”³². Isso significa que o indivíduo só passará a ter *status* de culpado após o trânsito em julgado da sentença penal que conclui pela sua culpabilidade³³.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende que o referido princípio preceitua que nenhuma pena deve ser aplicada antecipadamente, uma vez que a Constituição Federal

²⁸ GRECO, Rogério. “Direito penal do inimigo”. Jusbrasil. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 abr. 2019, p. 01.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 04 abr. 2019.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 04 abr. 2019.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 04 abr. 2019.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 set. 2018.

³³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 763.

permite inferir que “o réu tem direito público e subjetivo, de natureza constitucional, de apelar em liberdade”.³⁴

A Lei Maior estabeleceu como marco da constatação de culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao tempo em que inseriu de maneira expressa o Princípio da Presunção de Inocência no ordenamento³⁵.

Ao fazer isso, a ordem constitucional visa resguardar o direito à liberdade, principalmente em seu aspecto físico, que não raro é atingido de maneira justificada pela sentença penal condenatória, em razão da tutela penal conferida pelo Estado.³⁶

Segundo Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, de sorte que “ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”³⁷

Ou seja, são normas gerais e abstratas, pautadas em juízo de necessidade, adequação e eficiência, que devem nortear todo o sistema jurídico, servindo de base para interpretação das regras.

Nota-se, portanto, que por meio do referido princípio, a Constituição brasileira garante o impedimento dos efeitos da condenação até que esta transite em julgado, de modo que as regras devem levar em consideração essa orientação principiológica.³⁸

A positivação da Presunção de Inocência “consagra regra de tratamento que impede” o Estado-Juiz de tratar os sujeitos passivos da persecução penal, em fase pré-processual ou em fase processual, como culpados, até que sejam condenados em definitivo por sentença emanada do poder judiciário e transitada em julgado.³⁹

Para Aury Lopes Jr., ainda devem ser destacados dois aspectos imperiosos da Presunção de Inocência: o primeiro é o fato de que em um sistema jurídico, tal princípio

³⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal: 1**. 31. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

³⁵ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev e atual. Ed. Juspodvim: Salvador, 2017. p.69.

³⁶ OLIVEIRA, José Anselmo. A prisão cautelar como exceção ao Princípio do Estado de Inocência. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 02, 2002. p.204.

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 90.

³⁸ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte geral**. 5ª ed. ver e atual. Salvador: Juspodvim, 2017. p. 104.

³⁹ OLIVEIRA, José Anselmo. A prisão cautelar como exceção ao Princípio do Estado de Inocência. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 02, 2002. p.222.

é o “ponto de maior tensão no termômetro entre democracia e autoritarismo”. O segundo fato é o de que é preferível que em menor grau algum culpado saia impune que um inocente seja preso – levando em conta o preço altíssimo que se paga, qual seja a liberdade e a exposição ao ambiente prisional brasileiro, que existe em situação calamitosa.⁴⁰

O pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992, e a quem a jurisprudência atribuiu o *status de norma supralegal*⁴¹ estabelece direitos fundamentais da pessoa humana, dentre os quais se insere o direito à liberdade, dispõe em seu artigo 8º, 2, que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.⁴²

Ante o exposto, é possível conceituar a presunção de inocência como uma garantia, positivada na forma de princípio constitucional, norteador de todo o sistema jurídico brasileiro, cujo aspecto material remete aos direitos humanos, sendo, portanto, fundamental e consistente no fato de que, até o momento em que reste provada a culpa do acusado, sem possibilidade de recurso (ou seja, face ao trânsito em julgado), este não pode ser considerado/tratado como culpado.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Para Antônio Gomes Filho, em que pese as constituições anteriores à vigente, de 1988, não tenham falado expressamente em presunção de inocência, o princípio chegou ao ordenamento brasileiro através da adesão do país à Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, assinada pelo Brasil na mesma data,

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 2. 7. Ed: atualizada conforme a lei nº 12.403/2011 – Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p.56.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>, acesso em 16 de set. de 2018.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san-jose.htm>>, acesso em 16 de set. de 2018.

uma vez que o rol de direitos e garantias constitucionais positivados à época não deve, segundo o autor, ser considerado taxativo.⁴³

No mesmo sentido, no presente trabalho, a análise se dará desde os momentos anteriores à posituação constitucional do princípio, uma vez que a partir do estudo do contexto histórico-jurídico do país é possível compreender melhor a construção jurídica do instituto em questão, bem como a forma como este se firmou em nosso ordenamento.

Apesar de datar de 1500 a chegada dos portugueses ao Brasil, só três décadas depois, a partir de 1530, em razão das ameaças de invasão ao território conquistado pela coroa portuguesa, efetivamente começou o processo de colonização brasileiro.⁴⁴

Política e administrativamente, o brasil-colônia (fase que perdurou de 1500 a 1822) estava sujeito às determinações da coroa portuguesa, que dividiu o território brasileiro em grandes faixas de terra, distribuindo-as para nobres portugueses administrarem, dando início ao sistema de capitanias hereditárias.⁴⁵

Juridicamente não era diferente: no território da colônia, assim como na metrópole – Portugal –, o direito português vigorava, normatizado pelas Ordenações do Reino e fortemente influenciado pelo direito romano.⁴⁶

As Ordenações Afonsinas vigoraram entre os anos de 1500 e 1514, enquanto as Manuêlinas, entre 1514 e 1603. As ordenações Filipinas (cujo quinto livro tratava do direito penal processual e material) estenderam-se para além do período colonial, tendo sido aplicadas durante o período imperial e, em parte, no período pós independência, permanecendo em vigor de 1603 a 1916.⁴⁷

José Henrique Pierangelli aponta que, no referido período, toda e qualquer acusação poderia resultar em prisão:

⁴³GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 42, abr. 1994. p. 31.

⁴⁴ CANCIAN, Renato. **Período pré-colonial: Pau-brasil, capitanias hereditárias e Governo-geral**. Disponível em < <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/periodo-pre-colonial-pau-brasil-capitanias-hereditarias-e-governo-geral.htm>>. Acesso em 23/04/2019.

⁴⁵ CANCIAN, Renato. *Ibidem*.

⁴⁶ CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Fundamentos da História do Direito**. 7. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.441-458.

⁴⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas – Considerável Influência no Direito Brasileiro**. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em 23 set 2018.

[...] o cidadão acusado como autor de um delito, ressalvada a hipótese de livrar-se solto, era imediatamente conduzido à prisão. [...] Para certos delitos, de acordo com a sua natureza, era permitido ao réu defender-se em liberdade. As exceções atingiam aqueles que tinham conseguido 'um seguro Real para livrar-se solto'.⁴⁸

Considerando a relação íntima que se estabelece entre as diretrizes governamentais e o sistema processual penal, como anteriormente aludido, e levando em conta o governo centralizador existente em Portugal, governado pela coroa, não poderia ser de outra forma: o sistema processual penal era inquisitorial, fundado na noção de direito do inimigo e na presunção de culpa, no qual as funções de magistrado e inquisidor eram concentradas em um único sujeito.

Nas palavras de Mauricio Zanoide de Moraes⁴⁹, “como o sistema tinha como pressuposto um ser humano como o cerne e a fonte de todo o mal e o inimigo do Estado, não haveria espaço para qualquer aceitação efetiva da ideia de sua presunção de inocência”. Sua fala descreve com precisão o modelo processual penal do Brasil colônia.

Com o advento da proclamação da independência e a desvinculação entre o Brasil, não mais colônia, e a coroa portuguesa, o governo sentiu a necessidade de criar uma cultura jurídica própria, para substituir o ordenamento estrangeiro.

Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer afirma a fundamental importância da academia jurídica, bem como das legislações próprias aqui produzidas, para o firmamento do Brasil enquanto nação independente.⁵⁰

Segundo Pierangelli, antes mesmo de ser oficializada a emancipação brasileira, D. Pedro I convocou assembleia constituinte, propondo a criação de uma Carta própria ao império brasileiro. Contudo, descontente com o resultado proposto pela assembleia, o imperador a dissolveu e convocou um Conselho de Estado para elaborar, sob sua orientação direta, uma nova Constituição.⁵¹

⁴⁸ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1. ed. São Paulo: Jalovi, 1983, p. 10.

⁴⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 68.

⁵⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 80.

⁵¹ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1ª Ed. São Paulo: Jalovi, 1983. p. 85.

Frente a isto, em 1824 outorgou-se a primeira Constituição brasileira, que possuía características liberais e absolutistas, a um só tempo.

Tal diploma normativo fez uma divisão quadripartite do poder: além do executivo, do legislativo e do judiciário, haveria o poder moderador, que daria ao imperador a possibilidade de intervir em qualquer dos outros três poderes.⁵²

Apesar das características absolutistas – tal como o estabelecimento do poder moderador, a Constituição de 1824 trouxe consigo direitos e garantias para o cidadão. Nela foram positivados os princípios da legalidade e da Intranscendência da pena, bem como foi prevista a liberdade religiosa.⁵³ Não havia, contudo, previsão a respeito da presunção de inocência.

Quanto à liberdade individual, a Carta constitucional, em seu art. 179⁵⁴ preconizava o seguinte:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Seis anos mais tarde, em 1930, inaugurou-se o código criminal do império. Para Antônio Carlos Wolkmer, tal diploma legislativo poderia ser considerado um avanço, uma

⁵² BRASIL. **Constituição política do império do Brazil**. Rio de Janeiro. 1823. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

⁵³ BRASIL. **Constituição política do império do Brazil**. Rio de Janeiro. 1823. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição política do império do Brazil**. Rio de Janeiro. 1823. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.

vez que embora mantivesse o instituto da pena de morte, pautava-se na legalidade e na pessoalidade da pena.⁵⁵

Em 1832, foi editado o primeiro Código de Processo Penal Brasileiro, sob a denominação de Código do Processo Criminal de Primeira Instância. Destaca Pierangelli:

O Código de Processo Criminal foi considerado por Aurelino Leal como a mais brilhante vitória no domínio da Justiça. Pandiá Calógeras o julgou como formoso monumento de saber jurídico e de espírito liberal, enquanto César Tripoli, o considera como expoente da cultura jurídica que caracterizava a intelectualidade da época. Carpenter acentuou a sua simplicidade e benfazejo sentimento de tranquilidade e segurança. [...] Para José Frederico Marques, o Código era a síntese ‘dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação’, pois, ‘graças a ele, perdurou, nas leis nacionais um acentuado espírito antiinquisitorial que nos preservou o processo penal, de certos resíduos absolutistas que ainda existem nos códigos europeus.’⁵⁶

O código trazia uma conquista significativa ao ordenamento brasileiro: a instituição do Habeas Corpus. Contudo, sofreu críticas por não ter como efetivar, na prática, as garantias previstas.

Quanto à presunção de inocência, apesar dos diversos avanços humanitários à época, não constava do ordenamento jurídico brasileiro. E, neste aspecto, a única mudança significativa foi a exigência de culpa para a conservação da prisão, salvo em casos excepcionais.

A Constituição de 1891 manteve a exigência de culpa para a conservação da prisão, salvo exceções. E também positivou em seu artigo 72, § 22, o habeas corpus, nos seguintes termos: “Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”⁵⁷.

A Constituição de 1934, surgida após a revolta de 1930, que concentrou nas mãos de Getúlio Vargas dois poderes (legislativo e executivo), foi pensada para legitimar o autoritarismo e, como tal, também não tratava da presunção de inocência.

Apesar disso, continha, assim como as antecessoras, previsão acerca da prisão:

⁵⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 86.

⁵⁶ PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1. ed. São Paulo: Jolovi, 1983, p. 85.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.

Art. 113. A Constituição assegura a Brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.
22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.⁵⁸

Em termos de avanços, a Constituição ainda fazia referência ao Trabalho e se dizia preocupada com o bem-estar social, pelo que sofria várias críticas, uma vez que, assim como a antecessora, não era efetivada pelo governo.

No que diz respeito à Constituição de 1937, Getúlio Vargas procurou formular uma legislação rica de disposições autoritárias, obtendo para isso a ajuda do jurista Francisco Campos. Antes mesmo da tentativa do golpe, houve a aprovação da Lei de Segurança Nacional pelo Congresso, que instituía diversos meios voltados a permitir que o Estado perseguisse aqueles que contrariavam o governo.⁵⁹

Segundo Mônica Ovinski de Camargo, a Constituição de 1937 foi outorgada de modo alheio à opinião pública, tendo posto fim aos partidos, à democracia e às liberdades individuais, numa tentativa de legitimar o Estado Novo.⁶⁰

A carta constitucional brasileira não mais se chamava “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, como a antecessora, mas “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, omitindo de forma calculada o termo “república” de seu título.

Na contramão dos avanços efetivados anteriormente, essa Constituição vestiu-se se autoritarismo e deu ao Presidente da República a possibilidade de suspender direitos, nos casos em que julgasse necessário à segurança do Estado, como pode ser observado no art. 123.⁶¹

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁵⁹ TERASOTO, Camila. **A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição**. Curitiba: 2010. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42558/145.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 set. 2018, p. 25.

⁶⁰ CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: O conflito entre punir e libertar**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005. p. 105.

⁶¹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

A referida Carta tratou da prisão em seu artigo 122, item 11⁶²:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.

Neste período, houve ainda a edição de um Código de Processo Penal. O referido dispositivo, que passou a vigorar em janeiro de 1941, já em sua exposição de motivos, se mostra influenciado por correntes de pensamentos contrárias ao Princípio da Presunção de Inocência, ao afirmar que “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social”⁶³.

É possível perceber, fazendo uma breve retomada às análises históricas do direito comparado, que a influência da escola técnico-jurídica no diploma normativo processual penal brasileiro só se efetivou porque havia entre o Estado Novo de Getúlio Vargas e o Estado Fascista italiano uma identificação.

A justificativa encontrada por essa corrente ideológica para a supressão de garantias individuais era uma suposta preocupação com o bem comum. Para isto, seria preciso limitar os direitos dos imputados, em favor da defesa da sociedade.

Invertendo a lógica do pensamento iluminista, o processo penal era estabelecido como forma de proteger a sociedade, como um todo, de condutas individuais nocivas, e não mais como forma de proteger o indivíduo contra os desmandos do Estado.

O Código Penal de 1941 foi pensado tendo por base o que defendia a escola positiva e há, ainda hoje, correspondência entre o disposto no Código de Processo Penal brasileiro e a corrente filosófica adotada à época de sua estruturação.⁶⁴ Tal ideologia em nada se identifica com a presunção de inocência.

⁶² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁶³ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁶⁴ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 67.

Como exemplo tem-se a fase pré-processual, referente aqui ao inquérito policial, que até os dias atuais, é inquisitorial e sigiloso. Isto se deve ao fato de que o dispositivo em questão foi construído, sob a perspectiva do direito penal do inimigo e da presunção de culpa, como em determinadas fases do direito romano e como preceituou a escola positiva.

Cumprе ressaltar, contudo, que, por mais voltados à presunção de culpa que fossem a Constituição e o Código de Processo Penal, uma vez que inspirados no direito penal do inimigo e influenciados pelos regimes nazifascistas, em evidência naquele período histórico, admitia-se, numa escala ínfima, o *in dubio pro reo*.

O princípio incidiria exclusivamente nas hipóteses em que ainda restasse dúvida para o juiz, após esgotar o potencial instrutório e exercer seu praticamente ilimitado poder de livre convencimento.

Maurício Zanóide de Moraes defende que, embora pareça exagerada, é verdadeira a afirmação de que o Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, em nada se coaduna com a presunção de inocência e, mais que isso, que o princípio é rejeitado pelo código em toda sua estrutura jurídica e política.⁶⁵

Tal fato se evidencia ao observar os artigos 594 e 595 do referido código, ambos dispendo sobre a prisão: o primeiro afirmava só ser possível ao réu apelar se estivesse recolhido à prisão. O segundo determinava que se após a apelação o réu fugisse, não haveria apreciação do recurso.⁶⁶

A compatibilização do código com o princípio da presunção de inocência só se deu após as mudanças que o referido diploma normativo sofreu, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988.⁶⁷

Em 2008, a lei 11.719 revogou o artigo 594, que violava flagrantemente dois princípios constitucionais fundamentais: a presunção de inocência e a garantia de acesso à justiça (Artigo 5º, XXXV, CF/1988).

⁶⁵ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 67.

⁶⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 mai 2018.

⁶⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 68.

O artigo 595 do código de 1941 foi considerado inconstitucional (ou, no caso, não recepcionado pela Constituição de 1988) conforme decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 85.961/SP. Posteriormente o artigo foi revogado pela lei 12.403 de 2011.

Atualmente, o princípio da presunção de inocência consta também do código de Processo Penal, no artigo 283, em virtude de alteração dada em função da lei 12.403 de 2011.⁶⁸

Diante do exposto, importa observar que, tanto na Constituição pensada por Francisco Campos, tão semelhante à da Itália, quanto no Código de Processo Penal de 1941, que até hoje vigora (embora com diversas modificações), não havia espaço, originalmente, para a presunção de inocência.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS

Neste capítulo, serão elucidados os conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, demonstrando em qual das concepções se encaixa o conteúdo material da presunção de inocência. Ademais, serão pontuados alguns outros princípios e institutos jurídicos, que servem como aparato para a efetivação da Presunção de Inocência.

Insta salientar que, apesar de tratar-se de princípio constitucional, devido à sua característica fundamental, a presunção de inocência tem sua aplicação notadamente em âmbito penal – momento em que diretamente se relaciona com a liberdade de locomoção, na medida em que busca defender a manutenção desta –, com a legalidade, que representa um limite a esta manutenção em casos específicos e em maior ou menor grau, com os demais institutos mencionados no capítulo.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL

⁶⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 15 out. 2018.

Segundo George Marmelstein são direitos fundamentais aqueles que possuem conteúdo ético e que refletem valores básicos para uma vida harmônica em sociedade, estando, deste modo, intimamente ligados à ideia de dignidade humana.⁶⁹

Para Oscar Vilhena Vieira, direitos fundamentais consistem no conjunto de direitos da pessoa humana (direitos humanos) reconhecidos de forma implícita ou explícita pela Constituição de determinado Estado. Para tanto, leva em conta diversos aspectos, dentre os quais as realidades social e política locais.⁷⁰

No mesmo sentido, se posicionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, afirmando que a expressão “direitos fundamentais”, via de regra, é utilizada para definir direitos positivados no âmbito normativo de determinado Estado.⁷¹

Enquanto os direitos fundamentais estão postos como norma dentro do território estatal, os direitos humanos são mais abrangentes, além de designar os direitos atribuídos à pessoa humana e reconhecidos em documentos de Direito Internacional, designam direitos perenes, invioláveis, universais e imprescritíveis.⁷²

A conceituação de direitos humanos, portanto, relaciona-se com a conceituação de direitos fundamentais, uma vez que o entendimento doutrinário é de que as expressões, em termos de conteúdo material do direito, são sinônimas, cabendo a diferenciação somente quanto ao âmbito de apreciação de cada um.

Assim sendo, temos que direitos humanos são direitos básicos, inerentes a todas as pessoas, sem distinção, adquiridos com seu nascimento, tais como o direito à vida, à liberdade de locomoção, à liberdade de expressão, liberdade de culto, ao tratamento igualitário, dentre outros.⁷³

Gilmar Mendes reforça que os direitos elevados ao *status* de direitos humanos estabelecem limites e condições àqueles que tem o poder de criar e modificar o direito.

⁶⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2014. p.17.

⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 36.

⁷¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.100.

⁷² ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Ibidem*. p.99.

⁷³ FARIAS, Márcio de Almeida. **Direitos Humanos: conceito, caracterização, evolução histórica, e eficácia vertical e horizontal**. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/37044/direitos-humanos-conceito-caracterizacao-evolucao-historica-e-eficacia-vertical-e-horizontal>>. Acesso em 23 de out. de 2018.

Ademais, afirma que tais direitos só podem funcionar em um Estado Constitucional, frente à necessidade de independência judicial para garantir a efetivação devida.⁷⁴

É mister destacar que, embora se considerem fundamentais os direitos positivados na Constituição (ou materialmente constitucionais, bem como supralegais e justamente em razão dessas possibilidades), há entendimento doutrinário no sentido de que o rol de direitos fundamentais positivados não é taxativo.

Ademais, cumpre ressaltar mais uma vez a função interpretativa dos princípios. Em um Estado Democrático de Direito, como o que busca a Constituição Cidadã (de 1988), toda disposição legal deve ser interpretada conforme as disposições constitucionais.

Conforme Walter Nunes da Silva, direitos fundamentais, no tocante à esfera penal, servem como limitações do poder-dever de punir do Estado, tanto com relação à aplicação da pena (aspecto em que se relaciona à presunção de inocência), como também à forma utilizada para buscar a condenação (observando os princípios do devido processo legal e do *in dubio pro reo*, dentre outros).⁷⁵

A presunção de inocência está positivada em nosso ordenamento na própria Constituição Federal, no artigo 5º, LVII, além de estar no artigo 283 do Código de Processo Penal.

De acordo com Gilmar Mendes, é um direito fundamental que se destina à complementação de outros direitos e que por outros direitos é complementado, no sentido de permitir uma proteção judiciária ao sujeito submetido ao processo criminal.⁷⁶

A seguir, serão abordados outros direitos fundamentais, princípios e institutos jurídicos que, assim como a presunção de inocência, se propõem a proteger o indivíduo frente ao Estado, buscando tornar possível a existência de uma sociedade em que se efetivem os direitos fundamentais.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

⁷⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.p. 400.

⁷⁵ SILVA, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. Natal: Owl editora jurídica, 2015. p. 89.

⁷⁶ SILVA, Walter Nunes. *Ibidem*, p. 401.

Diante da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, tendo que materialmente se confundem, tratando de direitos básicos inerentes ao ser humano, esse tópico visa elucidar a relação direta da presunção de inocência com alguns direitos fundamentais, na medida em que reciprocamente se complementam para fins de efetivação.

3.2.1 Dignidade Da Pessoa Humana

Para alguns autores, o conceito de princípio da dignidade humana se confunde com o conceito de direitos humanos, sendo estes direitos básicos inerentes a todo e qualquer ser humano, tais como o direito à vida, à intimidade, à honra, à liberdade, à justiça.⁷⁷

De acordo com André de Carvalho Ramos, a dignidade consiste na “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação”.⁷⁸

Para Bernardo Gonçalves Fernandes, a dignidade da pessoa humana se compõe da concepção de que o homem não pode ser tido como objeto para alcançar um meio, associada à ideia de autonomia existencial, na medida em que deve ser dado ao ser humano a possibilidade de viver conforme suas escolhas.⁷⁹

Nas palavras de Paulo César Santos Bezerra, a “dignidade é direito fundamental que tem todo ser humano a manter e conservar sua natureza espiritual íntegra, inviolada, consagrada, não degradada, honrada por razões de sua existência e valor de ser humano”.⁸⁰

⁷⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.94.

⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.77.

⁷⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2015. p.

⁸⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. 1. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2007. p. 184.

Para Oscar Vilhena, a opção do Constituinte de Estabelecer a Dignidade Humana como fundamento do Estado democrático, sem voltar a repetir o termo, foi uma estratégia, uma vez que a dignidade da pessoa humana, além de ser subjetiva demais para ser conceituada, só pode ser efetivada através de uma série de garantias, estas sim, previstas no texto constitucional.⁸¹

De acordo com o pensamento de Ingo Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana possui função hermenêutica e integradora que vai além dos direitos fundamentais e do texto constitucional: deve ser utilizado como parâmetro para aplicação e interpretação de toda e qualquer norma do ordenamento jurídico.⁸²

Ademais, a dignidade da pessoa humana é um princípio que funciona como limitação do poder estatal frente às liberdades individuais, é um direito de proteção individual.

Segundo Dimitri Dimoulis, são direitos que permitem ao indivíduo resistir frente uma atuação do Estado (o Estado, por sua vez, deve se abster de intervir no que não for necessário).⁸³

Esse pensamento se sustenta em razão do fato de que, para autores como Jorge Miranda, a dignidade humana não é somente um princípio fundamental erigido à categoria de valor fundamental da democracia pela Constituição Federal, mas também porque os demais princípios e garantias fundamentais buscam, em última análise, a concretização da dignidade da pessoa humana, o consequente desenvolvimento de todas as pessoas.⁸⁴

Para Luiz Regis Prado, sobretudo no que se refere ao direito penal, a pessoa humana deve ocupar um lugar central, para evitar que as leis possam tolher sua dignidade enquanto humano, transformando-o, no curso do processo persecutório, em simples objeto.⁸⁵

⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 63.

⁸² SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição de 1988. 10. ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2015. p. 166.

⁸³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. Atlas, 2014. p. 50.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 181.

⁸⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1 a 120. 11. Ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 164.

Dessa forma, o princípio da dignidade humana é visto não só como mandamento de otimização do sistema jurídico, ou mero elemento interpretativo, mas como elemento basilar, fundante da própria ideia de sociedade, ao trazer a ideia iluminista de que o homem deve ser a prioridade de todo o sistema estatal, de modo que este último se proponha a atender às necessidades mais básicas de cada cidadão, garantindo assim o respeito à dignidade humana.

O homem deve, portanto, ter seu valor reconhecido como humano, de sorte que surge para ele “um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer”, frente à esfera de direitos individuais, que ora limita o poder de atuação estatal.⁸⁶

Nesse sentido, André Ramos Tavares indica que a doutrina, atualmente, vem considerando o referido princípio como absoluto, de modo que todos os outros princípios e normas devem a ele obediência irrestrita.⁸⁷

Destaca ainda que a dignidade da pessoa humana deve ir além do *in dubio pro libertate*, demonstrando, por analogia, que em caso de dúvida, sempre deverá ser priorizada a dignidade humana; ou, de um modo mais claro, em favor da dignidade humana sequer deve haver dúvida do que proteger.⁸⁸

Diante do exposto, no tocante à intersecção da dignidade humana e a presunção de inocência, temos que a presunção de inocência, prevista mais de uma vez no ordenamento jurídico pátrio e em âmbito internacional, é instrumento que objetiva alcançar o valor máximo da dignidade da pessoa humana, através do devido processo legal, da proteção em âmbito judicial durante a persecução penal e da busca pela justa liberdade do indivíduo.

3.2.2 Liberdade

O direito à liberdade pode ser visto através de mais de um aspecto. Não se limita somente à liberdade de ir e vir, física, de locomoção, mas abrange a liberdade de

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. *Ibidem*, p. 164.

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 443.

⁸⁸ SARLERT, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição de 1988. 10. ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2015. p. 166.

pensamento, de crença religiosa, de convicção política e filosófica, de reunião e associação, de expressão, de exercício de atividade profissional, dentre outras.⁸⁹

Neste ponto, interessa tratar da liberdade física, de locomoção, uma vez que é o aspecto que mais se relaciona à presunção de inocência.

De forma ampla, consta do artigo 5º da Magna Carta, caput. Mas a ideia de liberdade, de maneira geral, voltada para o indivíduo frente ao Estado e outros indivíduos, surgiu com as revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX.⁹⁰

O artigo 5º da Lei Maior, que trata da presunção de inocência, em diversas passagens, tratou da liberdade física do indivíduo⁹¹:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
 LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
 LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

O constituinte preocupou-se, como é possível inferir de tais dispositivos, com a manutenção da liberdade do indivíduo frente ao Estado, garantindo-a constitucionalmente.

Contudo, sabe-se que tal direito não é, apesar de constar do rol de direitos humanos, absoluto, uma vez que pode ser mitigado, por exemplo, em razão da prática de delitos penais.

Nesse sentido, destaca André de Carvalho Ramos, que estes dispositivos são passíveis de restrição por parte do texto constitucional e por parte de ponderação com outros direitos.⁹²

É aqui que a legalidade oferece limites à presunção de inocência e à própria liberdade, quando permite as hipóteses de prisão em flagrante, prisão temporária e preventiva.

Isso ocorre porque uma das funções da liberdade de locomoção é evitar o abuso do poder de polícia do Estado, através de prisões arbitrárias. Para tanto, o legislador

⁸⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁹⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.122.

⁹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.671.

determinou que, salvo nos casos previstos e supramencionados, a prisão precisa ser ordenada por autoridade judicial competente para que seja válida.⁹³

Segundo o autor, faz-se necessário ainda, para que se tome qualquer medida que envolva a privação de liberdade do indivíduo, impreterivelmente fazer um juízo de adequação e necessidade, nos termos da lei 12.403 de 2011, frente à natureza do direito a ser mitigado.⁹⁴

A liberdade de locomoção é o cerne de direito à liberdade, de modo que respeitadas as limitações necessárias à vida em sociedade, não poderá tal direito ser lesionado. Sendo, portanto, qualquer lei que restrinja tal direito de forma arbitrária ou abusiva, inconstitucional.⁹⁵

Diante da natureza de tal direito, observa Walter Nunes da Silva, que o Direito Penal deve ser pensado como *ultima ratio*, além do que, a liberdade só deve ser cerceada em último caso, se não houver possibilidade de substituição da pena, por outra menos gravosa.⁹⁶

Entretanto, interessa observar no presente trabalho o fato de que havendo a possibilidade de liberdade provisória, ela deverá ser admitida, conforme indica o texto constitucional, completamente de acordo com a ideia de que a inocência é o *status* natural do indivíduo, trazida pelo princípio da presunção de inocência.

Contra a privação da liberdade de locomoção, dada à importância a ela atribuída, instituiu-se o *habeas corpus* como remédio constitucional, no intuito de evitar ilegalidade ou abuso de poder. A previsão está no art. 5º, LXVIII.⁹⁷

Fruto de Revoluções Liberais, o *Habeas Corpus* surgiu pela primeira vez no ordenamento pátrio, formalmente, no código de processo penal de 1932.⁹⁸

⁹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2014. p.104.

⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.672.

⁹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p. 240.

⁹⁶ SILVA, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. 2. ed. rev. e atual. Natal: Owl editora jurídica, 2015. p. 179.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 out. 2018.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p.448.

Conforme pensamento de Alexandre de Moraes, o referido instituto “representa uma garantia individual ao direito de locomoção”, fundada em ordem judicial, fazendo cessar a lesão ou ameaça a direito de ir, vir ou ficar de pessoa física, conforme entendimento do STF.⁹⁹

O autor afirma ainda que embora o remédio constitucional não deva ser utilizado para fins de revisão criminal, poderá, excepcionalmente, corrigir erro manifesto da sentença na fixação da pena e que poderá ser concedida liminar negada em outro *habeas corpus*, quando apresentar “manifesta ilegalidade, com efeitos danosos irreparáveis”.¹⁰⁰

Consoante a esse pensamento, se posicionam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁰¹, reiterando que:

habeas corpus é ação de natureza penal, de procedimento especial e isenta de custas, com objetivo específico (liberdade de locomoção), não podendo ser utilizado para a correção de qualquer ilegalidade que não implique coação ou iminência de coação, direta ou indireta, à liberdade de ir, vir ou permanecer.

O remédio constitucional mostra-se valioso na medida em que protege bem jurídico considerado fundamental, como reconheceu Pimenta Bueno, ao afirmar que a liberdade de locomoção é inerente ao homem, ainda que este viva em sociedade e para tanto tenha, por consequência, que abrir mão de algumas liberdades.¹⁰²

Desse modo temos que a manutenção da liberdade é, diante de uma situação de persecução penal, assegurada aos cidadãos, dentre outros, pelo instituto da presunção de inocência, que atribui ao indivíduo o *status* natural de inocente, até que a sentença condenatória transite em julgado.

3.2.3 Legalidade Penal e Irretroatividade Da Lei

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p.132.

¹⁰⁰ MORAES, Alexandre de. *Ibidem*, p. 134.

¹⁰¹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.214.

¹⁰² BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388 – 389.

O princípio da legalidade, previsto constitucionalmente no Inciso II do Artigo 5º da Constituição Federal, preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁰³.

Ou seja, o princípio da legalidade acaba por controlar a limitação das liberdades individuais frente à atuação do Estado, determinando que não havendo disposição legal prévia a conduta não pode ser exigida do sujeito.

Por outro lado, restringe a conduta individual, uma vez que no mesmo dispositivo, afirma que em virtude de lei o comportamento humano deve ser modulado.

Para Nestor Távora e Rosmar Alencar, essa modulação de condutas conforme a lei é parte do exercício da proporcionalidade, uma vez que haverá um exercício de ponderação, feito pelo legislador, buscando a proibição do excesso “em favor de um movimento de lei e ordem”.¹⁰⁴

Há que se falar em legalidade ainda em âmbito penal, uma vez que a Constituição Federal, ainda em seu artigo 5º, XXXIX, estipula que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação”, protegendo assim o Estado Democrático de Direito, vedando a persecução penal arbitrária.

Na opinião de José Afonso da Silva, “o dispositivo constitui uma cláusula de reserva de competência, de maneira que não pode o legislador transferir a outrem a função de definir o crime e estabelecer penas”.¹⁰⁵

O mesmo dispõe o artigo 1º do Código Penal, assegurando a necessidade de previsão legal dos delitos e das penas, e como consequência, as hipóteses de intervenção Estatal legalizada, em conformidade com a base constitucional supramencionada.

É, na opinião de Luiz Regis Prado, um princípio de fundamental importância, em virtude do que visa resguardar: os valores de segurança jurídica, liberdade e igualdade, este último na medida em que vincula o poder-dever do Estado à previsão legal.¹⁰⁶

¹⁰³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁰⁴ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p.94.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p.432.

¹⁰⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. Arts. 1 a 120. 11. Ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 158.

Para Gilmar Mendes, essas normas fazem referência não só a crimes, mas a todo tipo de conduta culpável, tal qual contravenção e ressalta que em um estado Democrático de Direito, o direito penal deve dirigir-se ao fato, não ao sujeito.¹⁰⁷

O inciso XL do mesmo artigo 5º determinou que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, consolidando o chamado princípio da irretroatividade penal ou da irretroatividade da lei mais benéfica.¹⁰⁸

Significa dizer que, havendo no curso do julgamento, lei nova mais favorável, esta retroagirá, para alcançar os fatos anteriores à sua vigência, beneficiando assim o sujeito. Contudo, o contrário não pode ser verdade: o indivíduo não pode ser prejudicado em razão da promulgação de lei menos benéfica no curso do processo.

Neste ponto, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo destacam que se a lei abolir a tipificação da conduta, aquele que pelo crime responde, já em fase de execução da pena, também deverá ser beneficiado.¹⁰⁹

O tempo rege o ato, no tocante à lei penal. Isto significa que de “quando uma lei entra em vigor, até o momento em que cessa sua vigência” todos os atos nela previstos, tipificados, serão processados tendo a referida lei como parâmetro. No entanto, essa afirmação só se mostra absoluta com relação “às leis mais severas”.¹¹⁰

Na opinião de Luiz Regis Prado, a irretroatividade da lei é princípio consequencial da legalidade, estando ambos previstos na Declaração Universal de Direitos do Homem, em seu artigo 11.2.¹¹¹

De modo geral, tem-se que a tipicidade rege o processo penal, de modo que não há crime sem lei anterior que o defina. Dessa máxima, é possível extrair a interpretação de que o tempo rege o ato, agora conhecendo da exceção, que ocorre quando há edição de lei mais benéfica ao réu em momento posterior à prática do ato.

¹⁰⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.p. 512.

¹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 23 out. 2018.

¹⁰⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p.174.

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume 1 – Parte Geral**. 23. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: ed. Saraiva, 2017. p. 58.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral**. Arts. 1 a 120. 11. Ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 162.

Mas, em um sistema jurídico em que por meio de decisões o judiciário acaba por fazer normas (no momento em que exerce sua função interpretativa), é preciso levar em conta que a lei penal não deverá retroagir para prejudicar o indivíduo penalmente perseguido.

Nesse cenário, por analogia, temos que os entendimentos jurisprudenciais que garantem melhorias ao sistema jurídico, na medida em que efetivam direitos fundamentais (e portanto, previstos na Constituição) também deveriam se valer da regra da irretroatividade. E, retroagindo o entendimento, na contramão do desenvolvimento social elencado como objetivos da república, os efeitos fossem somente *ex nunc*, conforme colocou acertadamente o Partido Ecológico Nacional, em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade 43.¹¹²

Ante as conceituações, é possível inferir que, em primeiro lugar, havendo positivação da proteção ao *status* de inocência, na forma de princípio constitucional – e portanto mandamento de otimização no qual todo o sistema deve se basear, embora haja discricionariedade, o julgador deve pautar-se na legalidade e por analogia observar também a irretroatividade da lei penal mais gravosa, principalmente em um cenário de restrição de direitos fundamentais

3.2.4 Tutela Jurisdicional Efetiva No Processo Penal: Princípios decorrentes e Interpretação Normativa

O ordenamento pátrio prevê que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito deixará de ser apreciada pelo judiciário, no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garantindo assim a inafastabilidade da jurisdição.

Essa disposição legal pode ser entendida da seguinte forma: ao proibir a autotutela, o Estado, em contrapartida, garantirá a efetiva tutela jurisdicional, por meio da inafastabilidade da jurisdição e assumindo, para tanto, o monopólio sobre esta.¹¹³

¹¹² PEN, Partido Ecológico Nacional. **ADC 43**: Petição inicial. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633&prcID=4986065#>>. Acesso em 24 out. 2018. p. 78.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF->

Em outros dispositivos, visando o mesmo objetivo, a Constituição garantiu a duração razoável do processo, a ampla defesa, a celeridade, a proporcionalidade, fazendo de tais princípios regras de julgamento.

Quando se fala em Direito Penal e tutela efetiva, importa destacar que para possibilitar o convívio pacífico em sociedade, é preciso que o indivíduo abra mão de alguns direitos, tais como o direito à autotutela, à vingança privada, depositando-os nas mãos do Estado, reconhecendo na figura deste a legitimidade para o uso da força.

Desse modo, no sistema jurídico brasileiro temos em decorrência da posituação da inafastabilidade da jurisdição e do pacto social firmado, o direito fundamental à tutela efetiva, que deve ser fornecido pelo Estado, através de todo o aparato punitivo, nos limites legais.

O conteúdo do direito é materialmente fundamental, uma vez que considerado direito humano e positivado na Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 25:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso **efetivo**, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Desse modo, evidencia-se o caráter supralegal da tutela jurisdicional efetiva. Ademais, é preciso que seja levado em consideração o disposto no artigo 5º, §2 da Constituição Federal vigente, ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou Tratados em que a república federativa do Brasil seja parte”.¹¹⁴

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva consiste, sob a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na garantia de efetivação do direito reconhecido, pronta e integralmente, pelo sistema jurídico, através da atuação estatal. E, sob a perspectiva subjetiva, no direito do indivíduo de ver satisfeita sua pretensão.

MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>. Acesso em 27 out. 2018. p. 09.

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 10 mai 2019.

De modo geral, temos que o processo penal deve buscar reparação para a vítima, sem, contudo, durante essa busca, suprimir os direitos fundamentais do réu, que também é sujeito de direitos e detentor de direitos fundamentais, uma vez que ambos fazem parte do mesmo contrato social.

Nas palavras de Marinoni,

Afirmar a dupla dimensão – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais não significa dizer que o direito subjetivo decorre do direito objetivo. O que importa esclarecer, aqui, é que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.¹¹⁵

O Direito penal, nesse cenário, surge como instrumento de controle social, quando os demais restam insuficientes para efetuar a manutenção do estado de paz, em virtude dos eventuais conflitos que possam surgir entre os homens.¹¹⁶

A finalidade desse ramo do direito é a proteção dos mais relevantes bens jurídicos, necessários à sobrevivência da sociedade, através da proteção ao indivíduo e à comunidade, por meio da cominação, aplicação e execução da pena.¹¹⁷

Cumprido destacar ainda, que o direito penal é regido por diversos princípios, dentre os quais, para este trabalho, faz-se necessário destacar a intervenção mínima, fragmentariedade e proporcionalidade.

Diante da gravidade da atuação do direito penal, quando este atua frente à esfera de liberdades individuais, esta atuação só deve ocorrer em último caso, no momento em que as demais barreiras de controle sociais tiverem se mostrado ineficazes.

Essa ideia traduz o princípio da intervenção mínima, segundo o qual o direito penal é e deve ser visto como *ultima ratio*, e do qual decorrem a subsidiariedade e a fragmentariedade.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018. p. 03

¹¹⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Volume 1 – Parte Geral. 23. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: ed. Saraiva, 2017. p. 37.

¹¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19. Ed. rev e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2017. p. 03.

O princípio da subsidiariedade preceitua que existindo norma extrapenal que possa evitar a aplicação da pena criminal, esse comportamento deve ser observado. Dispondo o Estado de outros meios de agir, diante do caso concreto, para a manutenção da ordem social, a aplicação da pena criminal deve ser evitada.¹¹⁸

A fragmentariedade, por sua vez, significa que nem todo ilícito, no universo da antijuridicidade, vai ser penalmente punível, mas somente os mais graves e atentatórios contra a vida em sociedade.¹¹⁹

A proporcionalidade, por sua vez, visa estabelecer um equilíbrio entre os fins (a satisfação da tutela jurisdicional penal, no presente trabalho) e os meios utilizados para chegar a esses fins.

Objetiva, de modo geral, duas coisas: evitar que a pena constitua, pura e simplesmente, um ato de violência desmedido contra o cidadão, caracterizando o excesso; e evitar que leis absurdas sejam editadas e aplicadas, impedindo o exercício de direitos fundamentais.¹²⁰

A verificação da proporcionalidade se dá através de um juízo de adequação e necessidade realizado entre os direitos a serem limitados e os direitos a serem protegidos com a persecução penal.

Para que o ato seja considerado necessário, é preciso que somente através dele (ou de nenhum menos danoso) se chegue ao objetivo. Para ser considerado adequado, é preciso que a medida adotada seja adequada à resolução do problema, de modo que haja pertinência entre o direito a ser limitado e o que a norma visa alcançar.¹²¹

Desse modo, o Processo, enquanto atividade jurisdicional, é elevado à categoria de espaço procedimental de efetivação de garantias fundamentais. No entanto, no tocante ao processo penal, havendo dois polos na demanda, é preciso perceber que ambos, e não só a vítima, são titulares de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que em virtude dos princípios nela positivados (também encontrados na Carta das Nações Unidas), a Declaração Universal

¹¹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p.139.

¹¹⁹ LENZA, Pedro. *Ibidem*. p.141.

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19. Ed. rev e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2017. p. 127-128.

¹²¹ LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p.147.

dos Direitos Humanos, junto a outros documentos de ordem internacional (a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica) que buscam traçar uma baliza jurídica ao exercício do poder estatal e mesmo do “poder natural”, deve ser levada em conta em toda interpretação do direito penal interno.¹²²

Posto isso, verifica-se que diante do caso concreto, há que ser feita interpretação normativa para definir a adequação da medida punitiva estipulada, frente à efetiva reparação do direito violado, de ordem individual ou coletiva.

Diante do exposto, é possível verificar o que foi anteriormente afirmado: o princípio da presunção de inocência funciona como norteador do sistema jurídico, influenciando a aplicação de outros institutos normativos, conforme vontade do legislador constituinte, em razão do status fundamental que lhe foi conferido e da necessidade de proteger o indivíduo frente ao aparato punitivo do Estado.

3.3. PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELACIONADOS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

Alguns outros institutos jurídicos, em sua maioria princípios, se coadunam com a presunção de inocência, de modo a buscar sua efetivação enquanto direito fundamental.

Apesar da classificação e da hierarquia normativa, de forma alguma deve-se entender que os institutos infraconstitucionais são menos relevantes ao Estado Democrático de Direito: são eles, em muitas situações, que garantem a eficácia dos direitos considerados fundamentais. É o que se busca demonstrar a seguir.

3.3.1 In Dubio Pro Reo

¹²² ZAFFARONI, Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1.** Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.64.

No Baixo Império Romano, quando o *Corpus Iuris Civilis* apresentava determinações a fim de proporcionar um julgamento mais justo ao réu, evitando dureza desnecessária, o *In dubio pro Reo* já era regra em todo julgamento criminal.¹²³

O *in dubio pro reo* consiste na ideia de que a dúvida milita em favor do réu. Ou seja, não havendo certeza quanto à culpa, deve ser procedida a absolvição.

Tal princípio encontra-se positivado no artigo 386, VII, do código de processo penal (conforme redação dada pela lei 11.690 de 2008). A previsão volta a ocorrer, no mesmo código, nos artigos 609 e 621.¹²⁴

No artigo 615, ao tratar das decisões dos tribunais, o CPP determina que em caso de empate, deverá prevalecer a decisão mais favorável ao réu.¹²⁵

Importa observar, com relação ao *favor reo*, que este não se confunde com a presunção de inocência: enquanto o primeiro defende que não havendo certeza para efetuar a condenação o indivíduo não deve ser condenado, o segundo indica que o sujeito tem, por natureza, *status* de inocente, que só se altera diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

De acordo com Walter Nunes da Silva, o *in dubio pro reo* decorre da presunção de inocência, na medida em que este serve como regra de tratamento, que deve ser observada no momento do julgamento, de sorte que o “magistrado deve, na dúvida, decidir em favor do acusado”.¹²⁶

O autor enfatiza ainda que o objetivo do princípio é garantir que se encontre “o culpado, não um culpado”, de modo que o juiz, para tanto, deve pautar-se na verdade material, e o ônus da prova caberá à acusação, com a dúvida militando em favor do réu, em função do valor atribuído à sua liberdade.¹²⁷

Para George Sarmiento, enquanto a presunção de inocência é direito fundamental, o princípio do *in dubio pro reo* é norma hermenêutica, dirigida, portanto, ao julgador, nos

¹²³ MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 34.

¹²⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 out. 2018.

¹²⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 out. 2018.

¹²⁶ SILVA, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal**: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. 2. ed. rev. e atual. Natal: Owl editora jurídica, 2015. p. 1547.

¹²⁷ SILVA, Walter Nunes. *Idem*. p. 548.

casos em que não é possível extrair da atividade probatória a certeza da culpabilidade.¹²⁸

Nesse sentido, Nestor Távora e Rosmar Alencar ensinam que

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.¹²⁹

E sobre o *in dubio pro reo*, os autores defendem que diante da dúvida com relação à culpabilidade, entre o poder-dever de punir do Estado e a liberdade do indivíduo, esta última deve ser priorizada.¹³⁰

Na opinião de Paulo Rangel, o princípio não faz referência somente ao aparato probatório produzido em sede processual, mas também a toda e qualquer vício processual ou qualquer outra situação, a exemplo da existência de prescrição, que ocorrendo, possa ser interpretada em benefício do réu.¹³¹

Para Nucci, seguindo a mesma lógica, se da interpretação da norma processual puder ser obtido mais de um sentido, deverá ser aplicada a mais benéfica ao acusado.¹³²

Dentro das possibilidades de interpretação disponíveis, deve-se escolher a mais benéfica ao réu em razão da sua hipossuficiência frente ao apartado punitivo do Estado.¹³³

Ou seja, dado o *status* natural de inocência do ser humano, preceituado pelo princípio da não culpabilidade e não havendo, diante dos elementos probatórios trazidos ao processo, a certeza de sua culpabilidade, o princípio do *in dubio pro reo* deverá ser aplicado.

¹²⁸ SARMENTO, George. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. *In*: ALENCAR, Rosmar Antoninni Rodrigues Cavalcanti. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008. p. 221.

¹²⁹ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p.73.

¹³⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016. p.87.

¹³¹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p. 34.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 35.

¹³³ MOREIRA, Reinaldo Daniel. Direito Processual Penal. *in*: CRISTINA, Flávia. FRANCESCHET, Júlio. PAVIONE, Lucas. **Exame da OAB: Todas as disciplinas**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: ed. Juspodvim, 2018.

A justificativa deste princípio é a máxima de que, em caso de interpretações antagônicas ou inconclusivas sobre a produção probatória no processo, é preferível deixar livre um culpado a privar um inocente de sua liberdade.

Tal pensamento reflete o que preceitua a Presunção de Inocência, cuja previsão constitucional determina que o direito à liberdade não deve ser cerceado até que o indivíduo possa ser considerado culpado – o que só se dará no momento em que o processo for finalizado, portanto, diante do trânsito em julgado da sentença.

3.3.2 Mandamentos de Hermenêutica: os Princípios da Unidade Constitucional e Interpretação conforme a Constituição

A Constituição Federal de 1988 está no topo do ordenamento jurídico pátrio, compilando regras e princípios que o constituinte originário considerou necessárias à manutenção do Estado democrático de direito voltado ao bem-estar social.

Para José Afonso Da Silva, o próprio Estado é fundado na legitimidade da Constituição, de forma que esta servirá sempre como baliza para a interpretação de todos os atos do Poder Público – incluindo a atividade legislativa e a atividade interpretativa, a ser desempenhada pelo judiciário. Desse modo, as leis infraconstitucionais e as normas extraídas destas não valem quando vão de encontro ao disposto na Lei Maior.¹³⁴

De acordo com o pensamento de Manoel Jorge e Silva Neto, a Constituição é a norma que confere validade a todas às demais existentes no sistema jurídico; conforme o autor, Kelsen estabeleceu que a Constituição é o fundamento normativo de todo o ordenamento.¹³⁵

A Carta Magna Brasileira é considerada extensa, com 250 artigos, além dos 97 referentes aos ADCT (atos das disposições constitucionais transitórias). Nesse cenário, não raro surgem interpretações normativas que colocam em conflito artigos constitucionais diversos.

É o que ocorre, por exemplo, quando interpretando de forma absoluta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a presunção de inocência é relativizada – para não dizer

¹³⁴ SILVA, José Afonso. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1 Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014. p. 883.

¹³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional: Tomo I- Teoria da Constituição – Controle de Constitucionalidade**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 159.

suprimida, a fim de garantir a efetivação do direito buscado por uma das partes no processo, que nada mais é que o aparato estatal adequado para este fim.

No entanto, como demonstrado anteriormente, em uma sociedade em que todos abrem mão da autonomia absoluta frente ao pacto social, delegando poder ao Estado, o *status* de igualdade deve ser levado em consideração em todos os aspectos, inclusive no momento da persecução penal, de forma a garantir que o dano causado seja reparado, mas na medida certa e respeitando os direitos fundamentais do perseguido.

Diante da possibilidade de mais de uma interpretação ser dada a um dispositivo legal bem como da existência de eventuais antinomias no sistema jurídico, surgiram princípios – não positivados em lugar algum, mas fruto da construção científica, norteadores da hermenêutica jurídica.

Para Manoel Jorge e Silva Neto, cumpre destacar que tais princípios interpretativos não se confundem com os princípios positivados no sistema jurídico, embora estes como mandamentos de otimização tenham função interpretativa. O princípio da unidade constitucional, assim como o da interpretação conforme a Constituição são princípios científicos, adotados pela doutrina e aceitos por estarem em total conformidade lógica com a Ciência do Direito.¹³⁶

Flávia Bahia leciona que quando houver “conflito aparente” entre dispositivos constitucionais, o intérprete deve fazer uma ponderação e priorizar o direito que entender necessário, conforme o caso, sem promover, contudo, o esvaziamento de nenhum outro direito fundamental nesse processo hermenêutico.¹³⁷ A intenção quando da adoção de tal conduta é interpretar a Constituição como um sistema único, atribuindo sentido ao todo, a fim de preservar todas as previsões nela contidas.

Assim, temos que sendo a Constituição a expressão normativa máxima, todo o sistema jurídico – não só em âmbito penal, deve ser interpretado com base em seus preceitos, de modo mais próximo possível dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.¹³⁸

¹³⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional**: Tomo I- Teoria da Constituição – Controle de Constitucionalidade. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 158.

¹³⁷ MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2. Ed: revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p.49.

¹³⁸ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: Parte Geral. 13. Ed. rev e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2018. p. 116.

Tal premissa traduz o que a doutrina chama de “princípio da interpretação conforme a Constituição”, que nada mais é que uma norma de hermenêutica a ser observada tanto pelo legislador ordinário quanto pelos demais intérpretes do direito.

Estando, portanto, a Constituição no ponto mais elevado do ordenamento jurídico, deve ser interpretada de modo a preservar sua unidade de sentido, impedindo que sejam ocasionadas eventuais antinomias. A intenção é que o intérprete consiga “harmonizar os espaços de tensão” que porventura possam surgir, enxergando, para tanto, a Constituição como um sistema uno e integrado de normas (regras e princípios).¹³⁹

Conforme entendimento do STF, não há hierarquia entre os dispositivos constitucionais. A Constituição, portanto, deve ser interpretada como um sistema em que há equilíbrio de regras e princípios, que não colidem entre si. Assim sendo, o intérprete deve levar em conta essa unidade constitucional.¹⁴⁰

Da ideia de unidade constitucional decorre a ideia de interpretação conforme a Constituição: uma vez que o texto constitucional deve ser visto como uno, equilibrado e não contraditório, representando o próprio fundamento do Estado, todas a atividade de legislar, bem como a atividade interpretativa, deve observar o que dispõe o texto constitucional.

Mas, para Manoel Jorge e Silva Neto, os princípios encontram distinção com relação à sua destinação: enquanto a unidade da constituição é princípio dirigido à interpretação da própria constituição, o princípio de interpretação conforme a constituição, que decorre do primeiro, destina-se ao restante do ordenamento jurídico.¹⁴¹

Nesse sentido, diante de normas que possuam mais de um sentido, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, deve ser priorizada a interpretação que mais se aproxime da Constituição, de seu texto propriamente dito e dos valores por ela protegidos.¹⁴²

¹³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional**: Tomo I- Teoria da Constituição – Controle de Constitucionalidade. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 159.

¹⁴⁰ MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2. Ed: revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p.49.

¹⁴¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional**: Tomo I- Teoria da Constituição – Controle de Constitucionalidade. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 165.

¹⁴² LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p.165.

Conclui-se, portanto, que nenhuma disposição constitucional deve ser interpretada como objeto isolado, em decorrência do princípio da unidade constitucional. Ademais, todo o sistema jurídico deve nortear-se, para fins legislativo e interpretativo, no que dispõe a Constituição, obedecendo assim ao princípio da interpretação conforme a constituição. Desse modo, os princípios evitam que direitos constitucionalmente reconhecidos sejam suprimidos ou contrariados, seja em sede de interpretação normativa constitucional ou em sede de criação ou interpretação dos dispositivos infraconstitucionais.

4 A COMPATIBILIDADE DAS PRISÕES CAUTELARES COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Falar em Presunção de Inocência, que é um princípio Constitucional, notadamente direito fundamental, aplicável sobretudo na seara penal, traz a necessidade de tratar das prisões cautelares, cujo desdobramento perpassa a situação do sistema carcerário no Brasil.

Este capítulo se propõe a analisar tais quesitos sem, contudo, esgotá-los, fazendo relação com o tema central do trabalho, qual seja a presunção de inocência e levando em conta a dignidade humana como preceito fundamental e norteador de todo o sistema.

Para o presente trabalho, cujo tema central é a relativização da Presunção de Inocência, cumpre tratar das três espécies de prisão chamadas de cautelares, fazendo uma análise crítica destas frente ao direito fundamental positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se que o Código de Processo Penal traz diversas medidas cautelares, sendo a prisão a mais gravosa delas. Por se tratar de medidas restritivas de liberdades individuais, precisam ser decretadas conforme bases legal e fática, uma vez que a Presunção de Inocência está acima das regras processuais.¹⁴³

¹⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade**: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 1 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.26.

Segundo George Sarmento, as medidas cautelares penais se caracterizam pela urgência, na medida em que deve ser adotada diante de um risco iminente de dano ao processo penal, visando garantir a efetividade da tutela jurisdicional, posteriormente; pela instrumentalidade, posto que são instrumentos voltados à devida realização do processo, à manutenção da ordem pública e à integridade física dos acusados, além de permitir que a sentença penal seja efetiva; pela provisoriedade, uma vez que sua duração é limitada e pela revogabilidade, uma vez que inobservadas as circunstâncias fáticas que justifiquem sua adoção, a medida cautelar deverá ser revogada ou substituída.¹⁴⁴

Nesse sentido, é imperioso ressaltar que mesmo que a medida cautelar se mostre necessária, não poderá ser aplicada nos casos em que à infração penal cometida não for aplicada pena privativa de liberdade. A intenção dessa proibição é evitar que uma medida cautelar mais grave que o resultado final do processo seja imposta ao indivíduo, preservando assim a proporcionalidade do sistema penal.¹⁴⁵

O ordenamento jurídico brasileiro positivou espécies de prisão que diferem da prisão-pena, quais sejam a prisão em flagrante (positivada no art. 5º, LXI, CF e no CPP), a prisão provisória (no Código de Processo Penal) e a prisão temporária (regida pela lei 7.960/89).

Em contrassenso, há a Presunção de Inocência, constitucionalmente prevista e erigida à condição de princípio, com função interpretativa a ser observada por todo o ordenamento.

Quanto as duas primeiras espécies de prisão cautelares previstas, quais sejam a prisão em flagrante e a prisão preventiva e a previsão destas no CPP, a justificativa pode ser o tempo de sua positivação: o CPP de 1941, como anteriormente mencionado, foi criado sob a égide da Constituição de 1934, que visava tão somente legitimar o Estado Novo de Getúlio Vargas, sendo portanto anterior à positivação da Presunção de Inocência na Constituição vigente, de 1988.

¹⁴⁴ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 173.

¹⁴⁵ PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 Ed.: revista e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p. 531.

Ademais, não são estes os únicos dispositivos do CPP a contrariar a Presunção de Inocência, em sua redação original; um código pensado sob a ótica do direito penal do inimigo e voltado à suposta garantia do bem comum em detrimento da proteção individual já nasce refutando, em essência, o princípio da Presunção de Inocência.

No entanto, quanto à previsão constitucional da prisão em flagrante, resta considerar que nenhum princípio é absoluto e que além da Presunção de Inocência, o Estado precisa garantir a efetividade decorrente da inafastabilidade da jurisdição, de forma que se valeu da prisão em flagrante como instrumento para alcançar tal fim, na medida em que protege o processo penal.

Para George Sarmiento, sendo o processo persecutório o único meio pelo qual o Estado-Juiz pode exercer o seu direito-dever de punir, nada mais natural que esse busque meios que garantam a efetividade de seu sistema jurídico.¹⁴⁶No entanto, cumpre ressaltar que a prisão como medida cautelar tem natureza excepcional.

Nesse sentido, Fernando Tourinho Filho leciona que e qualquer prisão antes do trânsito em julgado, da sentença que põe fim ao processo, é “medida odiosa”, uma vez que somente através de sentença condenatória final é que se pode restringir a liberdade do indivíduo através da prisão como pena.¹⁴⁷

No mesmo sentido, George Sarmiento leciona que devido à excepcionalidade que reveste a medida, o aplicador do direito deve ser especialmente cuidadoso, fazendo uma ponderação dos bens jurídicos em questão, para só então decidir, se couber, pela “medida odiosa”.¹⁴⁸

Com o advento da lei 12.403/11 o Código de Processo Penal trouxe medidas cautelares diversas da prisão, para que esta só seja utilizada em último caso, concretizando a ideia de que a medida cautelar concernente à prisão do indivíduo deve ser excepcionalíssima.¹⁴⁹

¹⁴⁶ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 171.

¹⁴⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 35 ed.: Revista e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p.544.

¹⁴⁸ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 173.

¹⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.13.

Para Nestor Távora e Rosmar Alencar, há que se diferenciar as prisões cautelares, processuais, excepcionalíssimas, da prisão-pena, que só ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁵⁰ No mesmo sentido leciona José Anselmo de Oliveira, ao afirmar que a CF só prevê duas modalidades (*lato sensu*) de prisão: as cautelares, anteriores à pena, e a prisão como pena de fato.¹⁵¹

Assim são vistas as prisões cautelares, portanto: como meios excepcionalíssimos de garantir a efetividade do sistema jurídico em matéria penal. Já nesse ponto, diferem da prisão-pena, cujo objetivo é punir aquele que age contra a ordem social, além de reeducar o indivíduo – evitando que volte a delinquir, e servindo de exemplo para o restante da sociedade, prevenindo novas infrações penais.

Nesse sentido, sobre a prisão-pena, Rogério Greco destaca que o art. 59 do Código Penal adota uma teoria mista: não optou somente pela retribuição, como posto nas teorias absoluta; tampouco optou somente pela prevenção, conforme as teorias relativas.¹⁵²

Para Aury Lopes Jr., no entanto, os fundamentos que sustentam a existência das prisões cautelares são insuficientes: primeiro porque não há como importar conceitos do processo civil ao processo penal e esperar compatibilidade total. Segundo porque enquanto no direito civil busca-se proteger um direito, frente ao *fumus bonis iuris* (perigo na demora), no direito processual penal o direito já foi negado, por meio do cometimento do crime.¹⁵³

O autor destaca ainda que não há que se falar em *periculum in mora*, uma vez que no processo penal o perigo é decorrente da liberdade do sujeito que infringiu a norma. Além do que, não há processo cautelar no direito processual penal: existem o processo de conhecimento e o de execução, de modo que fica demonstrado o descabimento dos termos e fundamentos importados do processo civil.¹⁵⁴

¹⁵⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. Ed.: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Juspodvim, 2019. p.937.

¹⁵¹ OLIVEIRA, José Anselmo. A prisão cautelar como exceção ao Princípio do Estado de Inocência. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 02, 2002. p.207.

¹⁵² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 21. Ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2019. p.605.

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 2. 7. Ed: atualizada conforme a lei nº 12.403/2011 – Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p.58.

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury *Ibidem* p.59.

E apesar de negar toda a terminologia adotada, o autor acredita que as prisões cautelares são a única forma de permitir que exista prisão sem condenação em um ordenamento regido pela Presunção de Inocência.¹⁵⁵

É imprescindível que as medidas cautelares penais sejam utilizadas com parcimônia, uma vez que embora representem a “resposta imediata do Estado” à desobediência criminosa, seu excesso pode caracterizar a antecipação da condenação, violando assim a Presunção de inocência.¹⁵⁶

Cabe agora tratar brevemente de cada um dos tipos de prisão cautelar, analisando seus fundamentos jurídicos e a compatibilidade deles, individualmente, com a Presunção de Inocência.

4.1 TIPOS DE PRISÃO CAUTELAR E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE

Renato Brasileiro de Lima define a prisão em flagrante como a medida assecuratória utilizada pelo Estado, que independe de autorização judicial, por meio da privação da liberdade daquele que é pego notoriamente praticando ato criminoso.¹⁵⁷

Aury Lopes Jr. acredita que a classificação da prisão em flagrante como cautelar é incorreta, uma vez que no momento em que ocorre, segundo a previsão legal, o que se busca é evitar a continuidade da prática do ato delituoso – já iniciado pelo agente, e não é destinada ao resultado final do processo, mas a submeter o agente ao juiz, que poderá ou não adotar medida cautelar.¹⁵⁸

A previsão legal está no art. 301 e seguintes do Código de Processo Penal, que dispõem sobre as circunstâncias em que pode ocorrer, seu caráter excepcional, quem pode ser o agente da prisão, bem como sobre a dispensa de autorização judicial, sobre o procedimento a ser adotado depois, sobre a necessidade de comunicação ao juiz em até 24 horas e necessidade de, em igual prazo, receber o preso a nota de

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Ibidem* p.62.

¹⁵⁶ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 173.

¹⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 176.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 2. 7. Ed: atualizada conforme a lei nº 12.403/2011 – Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p.77.

culpa explicando o motivo da prisão, quem o conduziu e as testemunhas do fato; assim como da necessidade de serem notificados o MP, a família do preso ou pessoa que ele designar; ademais, a Defensoria Pública deve ser informada, se não houver indicação de advogado por parte do preso.¹⁵⁹

Para Nestor Távora e Rosmar Alencar a prisão em flagrante é a que ocorre no “momento e no local do crime”. É administrativa, tem natureza cautelar posto que embora dispense a ordem judicial, pela imprevisibilidade da ocorrência do fato, necessita de posicionamento judicial sobre sua legalidade e sua manutenção.¹⁶⁰

Para Nucci, a prisão em flagrante pode ser definida como a medida administrativa, de natureza cautelar que ocorre quando se realiza a prisão no momento em que se sucede ou se conclui a prática delitiva. Se fundamenta no fato de que o delito é conhecido de forma manifesta e evidente, razão pela qual dispensa a autorização judicial. Destaca ainda que o procedimento é excepcional e de curta duração (somente o suficiente para a colheita de provas de autoria e materialidade). Além disso, fica o autor da prisão responsável por ela, de modo a responder pelo abuso quando o juiz constatar a ilegalidade da prisão.¹⁶¹

Paceli destaca que apesar do significado de flagrante, o ordenamento prevê modalidades de prisão em flagrante que não consistem na “visibilidade incontestável” do ato, como a prisão gerada pela perseguição do indivíduo que parece ser autor do fato criminoso, logo após a ocorrência deste; bem como a existência das modalidades de flagrante esperado (quando há informações sobre a ocorrência futura do ato delituoso e sem intervenção, a autoridade policial se desloca a fim de impedir a consumação ou exaurimento do ato) e controlado (previsto pela lei 12.850, indica que o flagrante policial poderá ser postergado para que se concretize no momento mais eficaz).¹⁶²

Desse modo, é correto afirmar que a prisão em flagrante é anterior ao processo penal, sendo uma medida que pode ser tomada por qualquer do povo e deve ser tomada por autoridades competentes, frente ao flagrante; além de ser breve, uma vez que deverá

¹⁵⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 01 mai de 2018.

¹⁶⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. Ed.: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Juspodvim, 2019. p.952.

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed: Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 641.

¹⁶² PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 Ed.: revista e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p. 549.

ser submetida ao juiz em até 24 horas (contadas do momento da prisão e não da lavratura do auto de prisão em flagrante¹⁶³) para análise da legalidade e para que verifique a necessidade de prorrogar sua duração (caso em que passará a ser preventiva). Ademais, o autor da prisão em flagrante torna-se responsável por ela, de modo que se considerada abusiva quando da análise judicial, o autor pode responder pelo excesso.

A presunção de inocência visa conferir ao indivíduo proteção frente ao aparato punitivo do Estado. Considerando que o próprio regramento da prisão em flagrante traz proteção ao indivíduo garantindo que este conheça das razões pelas quais ocorreu, bem como o autor e testemunhas; assim como garante sua curta duração, para fins de elucidação acerca da materialidade e autoria, em busca da verdade real necessária ao processo penal; pelo caráter excepcionalíssimo e o momento em que ocorre: pré-processual, a prisão em flagrante não fere a Presunção de Inocência.

A segunda modalidade de prisão cautelar a ser tratada no presente capítulo é a prisão provisória, que encontra previsão legal no art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal.

O art. 312 dispõe sobre os bens jurídicos tutelados pela prisão preventiva enquanto medida cautelar, quais sejam a garantia da ordem pública, da ordem econômica e do bom andamento da investigação criminal, assim como do cumprimento da lei penal, diante da certeza da existência do crime e de indícios de sua autoria ou quando o indivíduo não fornecer elementos suficientes para identificar sua identidade civil, restando dúvida sobre ela.¹⁶⁴

A prisão preventiva visa proteger o curso da investigação e do processo penal, impedindo que o autor do fato criminoso, ou terceiros, possam agir de modo a comprometer a efetividade da persecução penal.¹⁶⁵

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, pode ser conceituada como:

espécie de prisão cautelar, decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério

¹⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed: Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 655.

¹⁶⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm#art810>. Acesso em: 01 mai de 2018.

¹⁶⁵ PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 Ed.: revista e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p. 567.

Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, Art. 319).¹⁶⁶

Da leitura dos dispositivos mencionados infere-se que a prisão provisória pode ser decretada diante de situações específicas descritas em lei, sem tempo definido, via de regra, de modo que sua duração depende dos fatores presentes na fundamentação: a prisão perdurará enquanto o que a ensejou e justificou perdurar. Ainda, poderá ser decretada como medida cautelar autônoma ou em razão do descumprimento de medida cautelar diversa.

Essa imprevisibilidade da duração é o que permite que o Estado cometa abusos quando do uso da prisão provisória: com uma duração absurdamente longa, a prisão perde sua característica de provisória, da qual se reveste sua natureza cautelar, transformando-se em definitiva, e configurando antecipação da pena. Desse modo, viola-se não só a Presunção de Inocência, como a duração razoável do processo.¹⁶⁷

A ordem de prisão provisória deve emanar de juiz competente, na forma escrita e de maneira fundamentada, observando os pressupostos necessários à adoção de tal medida cautelar, quais sejam a presença de “prova de existência do crime e indícios de autoria”, bem como a necessidade de garantir a ordem pública por meio da proteção ao andamento da instrução criminal, ou para garantir a aplicação da lei penal.¹⁶⁸

George Sarmento defende que para adotar tal medida, é necessário que não haja dúvida sobre a materialidade do crime (havendo, portanto, certeza de que ocorreu), além de indícios palpáveis de autoria, que levem a crer que o sujeito passivo da medida cautelar visada seja mesmo o autor. Além disso, o decreto deve demonstrar que a liberdade do indivíduo ameaça o bom funcionamento da sociedade (a manutenção da paz social) ou a efetividade do direito penal.¹⁶⁹

¹⁶⁶ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 225.

¹⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 265.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, José Anselmo. A prisão cautelar como exceção ao Princípio do Estado de Inocência. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 02, 2002. p.209.

¹⁶⁹ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 178.

Os autores indicam como requisito para decretação da prisão provisória a necessidade de efetivação do direito penal. No entanto, cabe observar que se o juiz, em sede de medida cautelar, tenciona garantir o cumprimento da norma penal no sentido de punir, está violando o Princípio da Presunção de Inocência, dando pois como certa uma condenação penal que pode não ocorrer, ou seja, fazendo um juízo de valor diante do caso, em que de pronto passa a tratar como culpado o agente passivo do processo penal.

A justificativa para a manutenção do requisito da ameaça à efetividade da norma penal funda-se na ideia de que, ausente a medida cautelar prisional, o indivíduo – cuja condenação é provável, fuja, privando o Estado de exercer seu direito-dever de punir e enfraquecendo o combate à criminalidade.¹⁷⁰

Para Renato Brasileiro de Lima, a situação econômica favorável – que permita ao agente fugir, por si só não pode ser considerada como um risco à aplicação da lei penal, pois dessa forma a Presunção de inocência seria também violada. O STF e o STJ já manifestaram entendimento no mesmo sentido, de que mesmo a fuga concretizada, não basta para decretar a medida cautelar em tela.¹⁷¹

Nesse sentido, cumpre ressaltar o que foi anteriormente posto: Ao positivar a Presunção de Inocência, a Magna Carta estabeleceu regra de tratamento que impede que o Estado trate o indivíduo como culpado antes da condenação penal transitada em julgado.

Desse modo, embora a prisão preventiva seja aceita no ordenamento e trate-se de medida cautelar e, portanto, excepcionalíssima, sua existência nos moldes atuais – sem tempo determinado e visando proteger o resultado útil do processo, como se desse por certa a condenação penal, não se coaduna com a Presunção de Inocência.

Por fim, o direito brasileiro tem a figura da Prisão Temporária, regida pela lei 7.960, de 1989. O objetivo do instituto é assegurar, diante de crimes graves, a satisfatória atividade investigativa em âmbito criminal.

¹⁷⁰ SARMENTO, George. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000. p. 181.

¹⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 241.

Paulo Rangel defende que a prisão temporária já nasceu inconstitucional em razão da incompetência do órgão do qual emanou o ato normativo que acabou por culminar em sua positivação.¹⁷² Para o presente trabalho, no entanto, cumpre observar o aspecto fático e o fato é que, inconstitucional ou não, a prisão temporária é admitida e utilizada no âmbito do processo penal brasileiro.

O autor afirma ainda que a inconstitucionalidade da norma reside também no fato de que em um Estado Democrático de Direito, prender para depois verificar a autoria não deve ser permitido. Aponta ainda que é utilizada para que, não havendo provas contra o sujeito suficientes para ensejar a ação penal, estas sejam encontradas, enquanto o indivíduo tem sua liberdade cerceada.¹⁷³

Mais uma vez, cumpre destacar o que foi aludido anteriormente, que em um Estado Democrático de Direito, que erigiu a liberdade como valor fundamental, é preferível que em menor grau algum culpado saia impune que um inocente seja preso – levando em conta o preço altíssimo que se paga, qual seja a liberdade e a exposição ao ambiente prisional brasileiro.

Esclarecida a finalidade da prisão temporária, qual seja a de resguardar a investigação criminal, cabe tratar brevemente de seus outros aspectos.

Só pode, a prisão temporária, ser decretada em momento pré-processual e diante de “extrema e comprovada necessidade”; não pode ser decretada de ofício e só se aplica a um rol taxativo de infrações, consideradas graves, previstas em lei; ademais, seu prazo é determinado (5 dias para os crimes listados na lei 7.960 e 30 dias para os trazidos pela lei 8.072/90, prorrogáveis pelo mesmo período). Ademais, se o processo não se iniciar – a partir do oferecimento da denúncia, com o recebimento da inicial acusatória, o magistrado poderá converter em provisória a prisão temporária.¹⁷⁴

Ao fim dos prazos previsto em lei, ainda que não tenha sido concluída a investigação, se o processo não tiver sido deflagrado, para que se converta em provisória, a prisão

¹⁷² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. Ed.: rev., ampliada e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.

¹⁷³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. Ed.: rev., ampliada e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.

¹⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 226.

temporária cessará, sendo o indivíduo posto em liberdade. Durante a fase pré-processual não é possível somar a prisão temporária à prisão preventiva.¹⁷⁵

Considerando os aspectos da curta duração, a ocorrência somente em fase pré-processual e a garantia de liberdade oferecida ao indivíduo ante o fim do prazo previsto, bem como sua natureza excepcional e necessária, assim como a observância da garantia de que o preso temporário ficará em local distinto dos que cumprem pena, bem como a possibilidade de ser submetido a exame de corpo de delito (várias previsões que militam em favor do preso), embora cerceie a liberdade, não viola a presunção de inocência, uma vez que não caracteriza, quando corretamente utilizada, a antecipação da pena.

Assim, conclui-se que a prisão em flagrante e a prisão temporária, quando observados os respectivos regramentos, não constituem violação à Presunção de Inocência. No entanto, devido à imprecisão quanto à sua duração, não se pode afirmar o mesmo em relação à Prisão Provisória.

Mas, no plano fático, há no Brasil a cultura do encarceramento em massa, de modo que ainda que a previsão legal não viole a Presunção de Inocência, não tais disposições deixam de ser observadas e as medidas cautelares, que visam proteger a sociedade e ao mesmo tempo resguardar um mínimo de dignidade ao sujeito que se acredita autor do delito, acabam caracterizando a antecipação da pena, de modo que, diante da ausência de condenação penal transitada em julgado – e muitas vezes diante da inexistência de julgamento, ocorre flagrante desrespeito à Presunção de Inocência.

Diante do exposto, fica aparente a relativização da Presunção de Inocência pelos aplicadores do direito brasileiro, a fim de garantir que o direito fundamental ao *status* de inocência e as prisões cautelares coexistam em um mesmo sistema.

O tópico a seguir se propõe a analisar brevemente a inobservância de tais regramentos, tendo como foco a prisão preventiva, que em razão de imprecisão temporal acaba por se estender além do limite do bom senso, perpetuando a cultura do encarceramento.

¹⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Ibidem* p. 227.

4.2. INOBSERVÂNCIA DOS REGRAMENTOS DAS PRISÕES CAUTELARES E ENCARCERAMENTO EM MASSA: REALIDADE FÁTICA DA PRISÃO PREVENTIVA

Não raro, visando resguardar a efetividade penal, as prisões em flagrante e temporária são transformadas em provisória, no Brasil. Não tendo esta última, via de regra, tempo definido em lei, ocorre em grande parte dos casos a inobservância da razoável duração do processo, de modo que a prisão se estende no tempo, configurando verdadeira antecipação da pena, antes mesmo de haver julgamento.

Nesse sentido, O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania indicou que, em 2017, mesmo com a existência de medidas que visam reduzir o encarceramento, tais como a audiência de custódia, no Estudo Liberdade em Foco, realizado pelo Instituto de Defesa ao Direito de Defesa, 94,8% dos casos de prisão em flagrante se converteram em provisória. Além disso, a pesquisa mostrou que 66% das pessoas recolhidas ao cárcere são negros, jovens (cerca de 57%), com baixa escolaridade e sem antecedentes criminais (58,3%).¹⁷⁶

Cumprir ressaltar novamente que a inexistência de prazo determinado, que é regra em sede de prisão provisória, permite ao Estado cometer abusos, tornando-a longa o suficiente para caracterizar a antecipação da pena, retirando o seu caráter provisório e violando, assim, a Presunção de Inocência.¹⁷⁷

No Brasil, o encarceramento é uma opção política que se relaciona diretamente a fatores econômicos, institucionais, culturais e sociais, de modo que não representa somente a reação imediata do Estado frente ao crime. As prisões funcionam como depósito. Em parte, essa condição se deve ao pouco controle administrativo das instituições prisionais, que não raro possuem em seu interior indivíduos que nem sequer foram denunciados, presos provisórios sem perspectiva de julgamento.¹⁷⁸

¹⁷⁶ ITCC, Instituto da Terra, Trabalho e Cidadania. **Prisão provisória é utilizada de forma excessiva e acentua o encarceramento em massa.** Disponível em < <http://itcc.org.br/prisao-provisoria-e-utilizada-de-forma-excessiva-e-acentua-encarceramento-em-massa/>>. Acesso em 01 mai 2019.

¹⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática.** 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011. p. 265.

¹⁷⁸ DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Vol. 151, ano 27. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 295.

A quantidade de presos provisórios nas Unidades Prisionais é tão grande que, em alguns estados, ultrapassa o número de condenados, conforme o Gráfico divulgado pelo CNJ (que não contempla os encarcerados em delegacias), com base no Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeção nos Estabelecimentos Penais (CNIEP)¹⁷⁹:

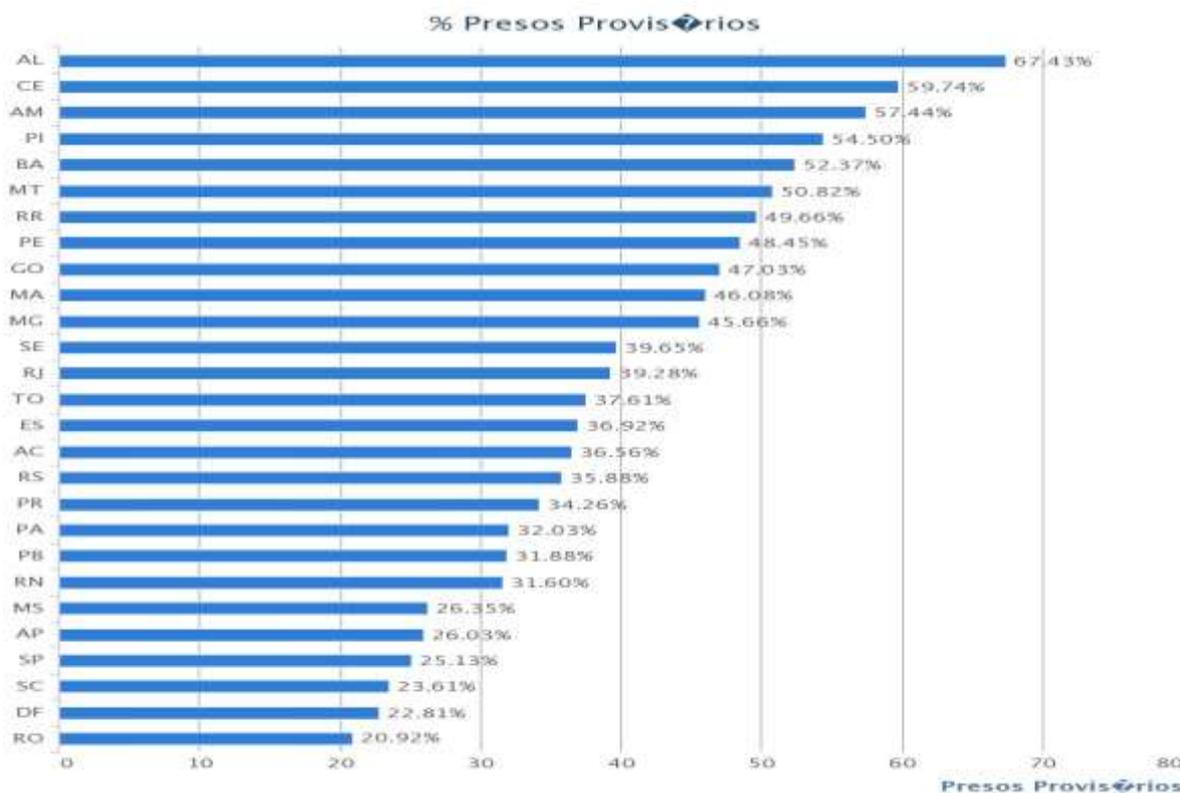


Gráfico demonstrativo do Percentual de Presos Provisórios por Estado da Federação. Fonte: Conselho Nacional de Justiça.

Trazendo a questão para uma realidade mais próxima, temos que na Bahia, há um total de 15.544 presos, sendo 7982 provisórios. A capacidade dos presídios é de 12.095 internos e há, atualmente, um excedente de 3.449.¹⁸⁰ Com clareza verifica-se que, retirando os apenados, o sistema carcerário da Bahia deixa de ser deficitário em questão de vagas. Cumpre destacar que há previsão legal de tratamento diferenciado para os presos provisórios, o que conforme demonstram o gráfico e os números, não ocorre.

¹⁷⁹ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Percentual de Presos Provisórios**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 01 mai 2018.

¹⁸⁰ GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Bahia. **População Carcerária do Estado da Bahia**. Publicado em 12 de mai 2019. Disponível em <http://www.seap.ba.gov.br/sites/default/files/dados/2019-05/PRESOS%20CONDENADOS%20E%20PROVIS%C3%93RIOS%20-%2012-05-2019_0.pdf>. acesso em 13 mai 2019.

Em paralelo, o Brasil tem violado as “regras estabelecidas pelas Nações Unidas para o tratamento de reclusos”: conforme apontam Organizações de direitos humanos, as prisões brasileiras constituem um dos problemas mais sérios de direitos humanos do país.¹⁸¹ O sistema prisional brasileiro caracteriza-se pela superlotação das prisões, em que há altas taxas de doenças infectocontagiosas, além de alto índice de violência.¹⁸²

Internamente, o STF também reconheceu o estado inconstitucional do sistema prisional, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na ADPF 347, emendada da seguinte forma:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

No cenário atual do sistema carcerário brasileiro, não são poucas as normas violadas: a prisão preventiva é completamente deturpada, tornando-se antecipação da pena, ao tempo em que em razão da inobservância das regras do referido instituto promove-se o encarceramento em massa, piorando a situação das instituições prisionais, que deixam de atender à sua finalidade de ressocialização, enquanto a função punitiva se expande e alcança até os presumidamente inocentes.

Esclarecida a situação fática do sistema carcerário brasileiro, flagrantemente inconstitucional em razão de diversas violações concernentes aos direitos humanos, tais

¹⁸¹ ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do Encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 24, Vol. 126. São Paulo. p.126.

¹⁸² DAL SANTO, Luiz Felipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 151, ano 27. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 295.

como a presunção de inocência e a própria dignidade humana, mandamento de otimização de todo o sistema jurídico.

5 ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF: HC 126.292 E HC 152.752

No início de 2016, o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão referente à possibilidade de execução de pena depois da condenação em segunda instância. A mudança de entendimento da Suprema Corte aconteceu no bojo da apreciação do *Habeas Corpus* 126.292/SP, dividindo a opinião no setor jurídico, político e na sociedade civil.

Para os mais garantistas, a decisão do Supremo contraria o princípio de presunção da inocência, assegurado na CF de 1988 em seu art. 5º, LVII, posto que de acordo com o novo entendimento o acusado pode ter sua pena executada antes mesmo do trânsito em julgado.

Outra parte da comunidade jurídica, por outro lado, entende que a decisão do STF não fere o princípio de presunção de inocência, visto que, via de regra, não se discutem fatos e provas em sede de Recurso Especial ou Extraordinário. Desse modo, ainda que apreciados os referidos recursos, dificilmente haveria mudança no resultado útil do processo.

O presente capítulo destina-se ao estudo das decisões, partindo dos votos que serviram de fundamento para cada uma e levando em consideração o entendimento anterior, bem como fazendo, por fim, uma análise da constitucionalidade do entendimento ora adotado pelo STF.

5.1 FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO HC 126.292

O *Habeas Corpus* 126.252 estabelece um novo cenário jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à execução provisória da pena. Decidiram, por 7 votos contra 4, pela possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A fim de elucidar não apenas esse novo posicionamento do Supremo, como também a argumentação divergente entre o meio jurídico, convém destacar os principais argumentos utilizados pelos Ministros do STF neste *Habeas Corpus*.

Teori Zavaski, relator do processo, argumentou que é imprescindível refletir acerca do alcance da Presunção de Inocência diante da necessidade de equilibrar sua observância e a efetividade da tutela penal, levando em conta valores caros ao acusado e também à sociedade, frente ao sistema de justiça criminal brasileiro.¹⁸³

Zavaski ressalta o valor do princípio de inocência, salientando que esse princípio constitucional foi extremamente importante para a elaboração de normas processuais penais, instituídas depois da Constituição de 88. Ainda segundo o ministro, a implementação da nova ideologia, qual seja a da observância do *status* de Inocência do indivíduo, em âmbito interno, trouxe para o processo penal brasileiro contornos próprios para a efetivação de um sistema de justiça criminal voltado ao garantismo, de forma racional e democrática.¹⁸⁴

Nota-se, dessa forma, que Zavaski defende o valor deste princípio no Ordenamento Jurídico Processual Penal Brasileiro, porém, argumenta que o princípio encontra sua total efetividade diante da elaboração das normas penais e processuais penal infraconstitucionais, principalmente no tocante ao ônus da prova e da garantia de reexame da causa consagrada pelo duplo grau de Jurisdição.¹⁸⁵

Entende, no entanto, que tal a Presunção de Inocência não seria violado no caso da execução provisória da pena posterior ao julgamento em segundo grau de jurisdição. O relator justifica seu posicionamento afirmando que o julgamento feito pelo Tribunal

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.06.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.08.

¹⁸⁵ TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.09.

encerra o duplo grau de jurisdição, considerando que os recursos especiais e extraordinários não se propõem à análise de mérito da causa, não analisam a matéria fático-probatória. É nas instâncias ordinárias que se exaure o exame de fatos e provas.¹⁸⁶

No mesmo sentido se posicionam Bem e Godoy, afirmando que diante da condenação em segunda instância pelo Tribunal, não se pode mais pensar em presunção da inocência, visto que é justamente em Segunda Instância que fica “exaurido o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, a culpa e provas para isto estão sacramentadas”¹⁸⁷.

O relator acrescenta que:

Os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.¹⁸⁸

Portanto, o ministro relator do processo sustenta que a pena deve ser executada antes do trânsito em julgado da sentença que condena o acusado, por entender que nos recursos de natureza extraordinária não há nada a ser discutido além de matérias de direito, não cabendo mais discussão sobre fatos e provas.

Destaca ainda que o art. 637 do Código de Processo Penal determina que o recuso extraordinário não tem efeito suspensivo. E acrescenta que a lei complementar 135/10, da ficha limpa, prevê a execução antecipada da pena. Ao mesmo tempo, reconhece que nesse cenário a Presunção de Inocência é relativizada.¹⁸⁹

Para reforçar seu argumento de que as instâncias superiores não alteram o resultado útil do processo – de modo que a execução da pena antes do trânsito em julgado

¹⁸⁶ TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.10.

¹⁸⁷ BEM, Bruna Pio do. GODOY, Fabiana Roncaratti P. de. Apontamentos acerca do Habeas Corpus 126.292 e o início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória Penal. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**. a.II, n.2, p.43-58.jan/dez, 2016.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.6.

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.11.

relativiza a presunção de inocência sem ferir seu conteúdo, o Min. afirmou que a esmagadora maioria dos recursos recebidos pelo STF não são providos ou mesmo recebidos, frente ao descumprimento dos requisitos necessários para tanto.¹⁹⁰

Com base em tais argumentos, principalmente, o Min. vota pelo não provimento do *Habeas Corpus*, entendendo que a Suprema Corte deve voltar a adotar o entendimento anterior a 2009, que permitia a execução provisória da pena, a despeito da previsão constitucional do art. 5º, LVII.

Em seu voto, o Min. Fachin exalta as funções de interpretação e guarda da constituição, atribuídas pela própria Lei Maior ao Supremo Tribunal Federal. Neste aspecto, destaca que cumpre ao STF elaborar orientações interpretativas e zelar pela segurança jurídica em âmbito de matéria constitucional.¹⁹¹ Destaca que a Presunção de Inocência não tem caráter absoluto e que deve ser interpretada conforme as demais normas do sistema, incluindo as infraconstitucionais. Assim, segue o voto do relator.¹⁹²

Seguindo o voto do relator, mas sob a ótica de outros argumentos, o ministro Luís Roberto Barroso, também recusa o *Habeas Corpus*. Inicialmente, esclarece que a Constituição Federal não estabelece relação de dependência entre a prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e sim entre o trânsito em julgado e a culpabilidade. Barroso também destacou que o princípio da presunção da inocência não é uma regra, mas um princípio e, portanto, cláusula de interpretação aberta.¹⁹³

No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p. 16.

¹⁹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.20.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019p.26.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p. 54.

finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144).¹⁹⁴

Para o ministro Barroso, “a consequência do acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação é o esgotamento das instâncias ordinárias”¹⁹⁵. O ministro ainda ressalta que a execução da pena se trata de uma “exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa”.¹⁹⁶

Barroso narra ainda os efeitos de seu posicionamento, dentre os quais se destacam o fato de que com isso é evitado o recebimento de recursos protelatórios, indicando que os menos afortunados economicamente não têm condição de fazê-lo, de forma que acabam sendo presos enquanto os mais abastados financeiramente se valem dos recursos para alcançar a prescrição, em muitos casos, de modo que adotando novo entendimento o STF diminuiria a seletividade penal.¹⁹⁷

Contraopondo-se ao entendimento dos ministros Zavascki e Barroso, o ministro Marco Aurélio se posicionou a favor do *Habeas Corpus*.

A Justiça é morosa, que o Estado, em termos de persecução criminal, é moroso. Reconheço, ainda, que, no campo do Direito Penal, o tempo é precioso, e o é para o Estado-acusador e para o próprio acusado, implicando a prescrição da pretensão punitiva, muito embora existam diversos fatores interruptivos do prazo prescricional. Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.¹⁹⁸

¹⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.5-6.

¹⁹⁵ BEM, Bruna Pio do. GODOY, Fabiana Roncaratti P. de. Apontamentos acerca do Habeas Corpus 126.292 e o início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória Penal. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**. a.II, n.2, p.43-58.jan/dez, 2016.p.47.

¹⁹⁶ BEM, Bruna Pio do. GODOY, Fabiana Roncaratti P. de. Apontamentos acerca do Habeas Corpus 126.292 e o início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória Penal. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**. a.II, n.2, p.43-58.jan/dez, 2016.p.48.

¹⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.6.

¹⁹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019. p.6.

O Ministro Marco Aurélio acrescenta que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVII, preconiza o princípio da presunção da inocência como uma garantia fundamental e, por isso, não permite variações de interpretação, haja vista a clareza e precisão do texto constitucional.

Conforme seu parecer, tentar inculir outras interpretações configura uma tentativa de modificar a norma jurídica, isto é, a própria Constituição nesse caso. O ministro conclui seu entendimento salientando que a execução provisória admite a possibilidade de retorno ao estágio anterior, desde que o título seja reformado. No caso de uma execução provisória de pena privativa de liberdade, ressalta o ministro, ser modificada após verificação da não culpabilidade do acusado, não há como recuperar o tempo de privação da liberdade.

Em outras palavras, se preso antecipadamente, a partir desse novo entendimento do STF, para o réu não haverá possibilidade de reaver o tempo perdido, apesar de sua inocência.

Nesse sentido, no bojo do julgamento, o Min. Lewandowski comparou o sistema prisional brasileiro ao próprio inferno e questionou aos demais como seria possível, em um cenário deste, adotar entendimento que facilitaria o aumento de indivíduos encarcerados.¹⁹⁹

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal traz um texto simples e objetivo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁰⁰. O emprego do pronome indefinido revela a universalidade da norma e o seu caráter proibitivo.

O princípio da presunção de inocência, como já foi destacado neste trabalho anteriormente, está no rol das garantias constitucionais mais importantes, uma vez que estabelece que todo acusado, independentemente da acusação a ele imputada, deve ser considerado inocente até a decisão final, quando já não caiba mais recursos e figura ainda no catálogo de direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional.

¹⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEWANDOWSKI, Ricardo. HC 126.292. Relator ZAVASCKI, Teori. Tribunal Pleno, DJE 17 de fevereiro de 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 09 mai 2019.

²⁰⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 09 mai 2019.

Trata-se, portanto, de uma questão que assegura o Estado Democrático de Direito, determinando – inclusive – que o acusado responda seu processo em liberdade, podendo ser preso, tão somente, em decorrência de um interesse processual; fato esse que não lhe antecipa a culpa.

Os apontamentos do ministro Barroso trouxeram menos fundamentação jurídica e mais recursos de retórica, como aponta Pádua²⁰¹. Tem-se como exemplo disso, a tentativa de explicar o princípio da presunção de inocência pela lógica da possibilidade de interpretá-lo como cláusula aberta. Percebe-se uma tentativa de utilizar a teoria do discurso e uma manipulação linguística para justificar seu posicionamento diante do processo.

5.2 FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO HC 152.752

O Supremo Tribunal Federal julgou o mérito do *Habeas Corpus* 152.752/PR, impetrado pela defesa do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva a fim de alcançar a não aplicação da execução provisória da pena.

Negada pela maioria absoluta (seis votos), a prisão posterior ao julgamento em Segundo grau foi então aplicada ao ex-presidente, ratificada pelo posicionamento recorrente (súmula 122) do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) que condenou o ex-presidente.

O ministro Celso de Melo antes de proferir seu entendimento sobre a questão propriamente dita trouxe uma análise da conjuntura política do Brasil e da seriedade e importância do processo que seria julgado. Além disso, resgatou a lembrança de seus próprios votos em situações similares.

Tenho enfatizado, em diversos votos que já proferi no Supremo Tribunal Federal, que os poderes do Estado, em nosso sistema constitucional, são essencialmente definidos e limitados pela própria Carta Política, “E a Constituição foi feita para que esses limites não sejam mal interpretados ou esquecidos” (HUGO L. BLACK, “Crença na Constituição”, p. 39, 1970, Forense).²⁰²

²⁰¹ PÁDUA, João Pedro Valladares. Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: Contribuições da interface entre direito e análise do discurso. **RIL Brasília**, a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 87-109. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87. acesso em 10 de maio de 2019. p.98.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 152.752/PR. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**,

O ministro ressaltou a necessidade de manter o entendimento das garantias constitucionais acima das manifestações sociais, políticas e partidárias que emergiam, à época, da sociedade civil e de grupos políticos.

Nesse contexto, e embora jamais deixando de reconhecer que todos os cidadãos da República têm direito à livre expressão de suas ideias e pensamentos, torna-se necessário advertir que, sem prejuízo da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, os julgamentos do Poder Judiciário, proferidos em ambiente de serenidade, não podem deixar-se contaminar, qualquer que seja o sentido pretendido, por juízos paralelos resultantes de manifestações da opinião pública que objetivem condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar a qualquer acusado em processos criminais o direito fundamental a um julgamento justo, o que constituiria manifesta ofensa não só ao que proclama a própria Constituição, mas, também, ao que garantem os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil ou aos quais o Brasil aderiu.²⁰³

Favorável à concessão do *Habeas Corpus*, o ministro Celso de Mello ressaltou a todo momento que o postulado do estado de inocência rechaça suposições ou juízos antecipados de culpabilidade até o trânsito em julgado da condenação penal, como prevê e obriga a Constituição Federal.

Relator do caso, o Ministro Edson Fachin, destacou a falta de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no entendimento do Superior Tribunal de Justiça que aplicou ao caso a jurisprudência do STF. Sustentou, mais uma vez, os argumentos apresentados anteriormente, no âmbito do HC 126.292.

Nessa mesma lógica, o ministro Roberto Barroso ressaltou as consequências negativas advindas do entendimento contrário, abraçado pelo Supremo de 2009 a 2016, que incentivou a interposição de vários recursos protelatórios, para gerar prescrição, e incentivou a seletividade do sistema penal ao dificultar a punição dos condenados mais ricos. O ministro Luiz Fux assegurou que interpretar de forma literal o dispositivo, é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal.

Uma análise sucinta revela que as deliberações da Suprema Corte foram fundamentadas a partir de quatro pilares principais, a saber: o estabelecimento da premissa, por

Brasília, 27 jun. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 152.752/PR. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

meio de uma interpretação sistêmica da Constituição, de que não há impedimento constitucional para a prisão antes do trânsito em julgado; a adoção do referencial teórico da presunção de inocência como princípio, realizando sua ponderação com outros interesses constitucionais; a exposição de argumentos de direito comparado e pragmático para justificar o escalonamento de preferências; bem como o desenvolvimento do conceito dogmático de trânsito em julgado penal juntamente com a argumentação de violação à ordem pública pela definição da liberdade após confirmação da condenação em Segunda Instância.

5.3 ENTENDIMENTO ANTERIOR E JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA

Sem dúvidas, o princípio da presunção de inocência possui um reflexo mais marcante na disciplina prisional, uma vez que funciona como segurança e garantia constitucional do direito de liberdade individual, sobretudo, pelo fato de ser objetivo da prisão preventiva.

Previsto no artigo 311 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva possui requisitos normativos no ordenamento processual, por conta do teor excepcional de privação da liberdade, podendo ser decretada em qualquer fase da investigação ou do processo, desde que por ordem escrita e fundamentada do órgão competente, sob pena de ilegalidade da medida.

Apesar da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII tratar da presunção de inocência, as prisões cautelares não são revogadas, isso porque são constitucionalmente previstas também no mesmo dispositivo, mais precisamente no inciso LXI. A prisão preventiva, que possui natureza processual e cautelar e constitui privação da liberdade do acusado, e o princípio da presunção de inocência foi ponto de conflito e palco de muitas discussões entre juristas e estudiosos do Direito.

Machado salienta que

Desde que o legislador constituinte de 1988 consagrou a presunção de inocência na vigente ordem constitucional, afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inciso LVII), instalou-se a discussão acerca da subsistência ou não das prisões provisórias no curso – ou mesmo antes do processo – em face daquele preceito.²⁰⁴

No entanto, há consenso no que diz respeito ao entendimento acerca do caráter provisório e instrumental da prisão preventiva, não afastada pela presunção de inocência, que compõe o Estado Democrático de direito e se aplica a todo cidadão brasileiro.

²⁰⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva (crítica e dogmática)**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993. p.

Gomes Filho relata que numa visão mais radical sobre a presunção de inocência seria impossível decretar a prisão antes da condenação, encontrando justificativa apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o desenvolvimento e a eficácia da atividade processual²⁰⁵. Percebe-se que a relação entre a prisão preventiva e a presunção de inocência é muito estreita, não havendo relativização deste último, mas apenas uma exceção.

O entendimento, desde que foi promulgada a Constituição, sempre foi de que o princípio da inocência não seria impedimento para a execução da pena depois de ratificada a sentença condenatória na Segunda Instância, até mesmo em casos com recursos especial ou extraordinário pendentes.

Contudo, em 2009, o Supremo Tribunal Federal, ao avaliar o HC 84.078, alterou seu entendimento. Na ocasião, com o ministro Eros Grau como relator, o STF, por 7 votos a 4, assegurou ao acusado o direito ao recurso, inclusive a instâncias extraordinárias, em liberdade.

A modificação do entendimento anterior se baseou no texto da Lei de Execução Penal- Lei nº 7.220/84, em seu artigo 147, que dispõe sobre a execução de penas restritivas de direitos, a saber:

Art. 147: transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Com base nesse artigo, o relator Eros Grau defendeu que uma vez que a legislação faz menção ao trânsito em julgado da sentença como critério para o cumprimento da pena restritiva de direitos, é normativo que tal requisito seja também obrigatório para a execução de pena de maior gravidade, qual seja a privação da liberdade (ver referência).

O posicionamento da Corte se fundamentou ainda no direito à defesa, já que a ampla defesa do acusado não poderia ser apreciada com restrições. Assim sendo, inexistiria justificativas para não assegurá-la durante todas as etapas do processo.

²⁰⁵ GOMES FILHO; Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p.

Ponderou-se também acerca da incompatibilidade entre a execução antecipada da pena e o princípio constitucional de presunção de inocência. O relator afirmou que a autorização do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado é uma afronta à Constituição Federal, que estabelece a presunção de inocência como uma garantia fundamental.

O ministro relator finalizou seu discurso salientando que a modificação no posicionamento do STF aumentaria desenfreadamente a quantidade de recursos nos tribunais superiores. Seu voto, portanto, foi por salvaguardar as garantias fundamentais previstas na Constituição.

Logo, nota-se que desde 2009 o Supremo mantinha o entendimento, à luz da Constituição Federal, da não execução da pena do acusado em Segundo Grau de Jurisdição, antes do trânsito em julgado.

Destaca-se que no julgamento do *Habeas Corpus* nº 226.014/SP, em 2011, sob a relatoria da Ministra Laurita Vaz, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou sobre a excepcionalidade da prisão preventiva e a importância da observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, acolhendo a segregação cautelar apenas quando presentes os requisitos autorizadores.

A prisão preventiva é excepcional e só deve ser decretada a título cautelar e de forma fundamentada em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência. O STF fixou o entendimento de que ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Assim, verificou-se a ilegalidade da medida cautelar no caso; pois, como o paciente encontrava-se em liberdade durante a tramitação da apelação e não foi fundamentada a necessidade da imediata aplicação da medida de segurança de internação, ele tem o direito de aguardar o eventual trânsito em julgado da condenação em liberdade. Destaque-se que a medida de segurança é uma espécie de sanção penal ao lado da pena, logo não é cabível, no ordenamento jurídico, sua execução provisória, pois a LEP (arts. 171 e 172) determina a expedição de guia pela autoridade judiciária para a internação em hospital psiquiátrico ou submissão a tratamento ambulatorial, o que só se mostra possível depois do trânsito em julgado da decisão. Precedentes citados do STF: HC 90.226-SP, DJe 14/5/2009; HC 84.078-MG, DJe 26/2/2010; HC 98.166, DJe 18/6/2009, e do STJ: HC 103.429-SP, DJe 23/3/2009. HC 226.014-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 19/4/2012²⁰⁶.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 226014/SP**, Quinta Turma. Paciente: Renato Dionísio. Impetrante: Juliana Garcia Belloque – Defensora Pública. Relator: Ministra Laurita Vaz, SP, julgamento em 19 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102812004.REG>>. Acesso em: 14 de maio de 2019,

Em seus diversos julgamentos acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal também ressalta a importância do cumprimento dos requisitos da prisão preventiva, bem como o dever do juiz de observar as circunstâncias concretas de cada caso.

Nesse sentido, tem-se como exemplo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO DECRETO DE PRISÃO QUE MANTÉM FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR ANTERIOR. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RISCOS À ORDEM PÚBLICA, À INVESTIGAÇÃO E À INSTRUÇÃO CRIMINAL E À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS COM A MESMA EFICIÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. A Segunda Turma desta Corte possui o entendimento consolidado no sentido da possibilidade de impetração de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário (HC 122268, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 4/8/2015; HC 112836, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 15/8/2013; HC 116437, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 19/6/2013). 2. Na superveniência de fatos novos, nada impede o decreto de nova prisão preventiva, como prevê, aliás, o art. 316 do Código de Processo Penal. Todavia, é incabível que eventual superveniência de novo ato construtivo concorra – mesmo involuntariamente – para limitar o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal na apreciação de habeas corpus impetrado contra o primeiro decreto de prisão. A perda de interesse do habeas corpus somente se justifica quando o novo título prisional invocar fundamentos indubitavelmente diversos do decreto de prisão originário. Precedentes. 3. A prisão preventiva supõe prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. 4. Os fundamentos utilizados não se revelam idôneos para manter a segregação cautelar, porquanto os supostos riscos à ordem pública, à investigação e à instrução criminal e à aplicação da lei penal não estão baseados em circunstâncias concretas relacionadas ao paciente. As únicas condutas delituosas concretamente apontadas remontam ao período de março de 2009 a março de 2012. O que há, na verdade, é presunção, sem fundamentação idônea, de que o paciente seguirá a cometer crimes, o que

¹⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 226014/SP**, Quinta Turma. Paciente: Renato Dionísio. Impetrante: Juliana Garcia Belloque – Defensora Pública. Relator: Ministra Laurita Vaz, SP, julgamento em 19 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102812004.REG>>. Acesso em: 14 de maio de 2019

não é admitido pela jurisprudência desta Corte como fundamento para a decretação da custódia cautelar. 5. Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que essas se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a

prisão preventiva é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 20/9/2011; HC 114098 Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012). No caso dos autos, como já afirmado, o longo tempo decorrido desde o decreto de prisão e a significativa mudança do estado do processo e das circunstâncias de fato estão a indicar que a prisão preventiva atualmente pode (e, portanto, deve) ser substituída nos termos dos arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, por medidas cautelares diversas. 6. Ordem parcialmente concedida, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares específicas.(HC 130636, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05-2016).²⁰⁷

Logo, nota-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Supremo Tribunal de Justiça convergiam no que diz respeito a possibilitar a imposição da prisão apenas depois de cumpridos os requisitos determinados em lei, primando pela adoção de medidas alternativas e, conseqüentemente, a proteção da presunção de inocência conferida ao acusado, conforme preconiza o texto constitucional.

5.4 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS DECISÕES FRENTE À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A mudança do entendimento da Suprema Corte acerca da prisão em segunda instância provocou intenso debate no meio jurídico, visto que se trata de uma decisão que se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, assegurado na Constituição Federal de 1988, no Código de Processo Penal e também em vários diplomas internacionais, como por exemplo, no Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário. Recorre-se mais uma vez ao artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna que preconiza que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, assegurando o princípio da não culpabilidade, também conhecido como presunção de inocência.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 130636/PR**, Segunda Turma. Paciente: Adir Assad. Impetrante: Miguel Pereira Neto e outro. Relator: Ministro Teori Zavascki, PR, julgamento em 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130636%2ENUME%2E+OU+130636%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/znc4ce8>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

Nesta perspectiva, a interpretação literal destes dispositivos do ordenamento jurídico é clara em afirmar que somente há culpa e, conseqüentemente, o início do cumprimento de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o julgamento de todos os recursos.

A Constituição não menciona o termo “inocente”, salientando que essencialmente ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por isso, o princípio passou a ser chamado por boa parte da doutrina e da jurisprudência como presunção de não culpabilidade.

A questão primordial, que independe da nomenclatura usada e sob a ótica de uma interpretação literal, percebe-se que tão somente após o esgotamento de todos os recursos é que se pode considerar o acusado culpado, desde que sua condenação seja fundamentada em provas e elementos concretos.

Nesta perspectiva, a interpretação literal destes dispositivos do ordenamento jurídico é clara em afirmar que somente há culpa e, conseqüentemente, o início do cumprimento de pena, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, após o julgamento de todos os recursos.

A Constituição não menciona o termo “inocente”, salientando que essencialmente ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por isso, o princípio passou a ser chamado por boa parte da doutrina e da jurisprudência como presunção de não culpabilidade.

A questão primordial, que independe da nomenclatura usada e sob a ótica de uma interpretação literal, percebe-se que tão somente após o esgotamento de todos os recursos é que se pode considerar o acusado culpado, desde que sua condenação seja fundamentada em provas e elementos concretos.

Segundo Giacomolli²⁰⁸, a inocência do indivíduo é preservada com ele até que o Estado, por intermédio do devido processo constitucional, afugente esse estado natural e jurídico.

Por conseguinte, considerando essa normatização de tratamento preconizado por um princípio constitucional, as garantias processuais integrantes do devido processo legal tais como a legalidade, a publicidade dos atos, a imparcialidade, o contraditório e a

²⁰⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.p.96.

ampla defesa deverão ser estritamente respeitados, proibindo que o poder público aja em relação ao suspeito como se este já fora condenado definitivamente.

Nesse sentido, Giacomolli acrescenta:

A garantia da presunção de inocência produz seus efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado ou imputado. Veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas de autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos e andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes; as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, CF) ou fotográficas. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito.²⁰⁹

O caso do ex-presidente julgado pelo STF não se trata de prisão preventiva e tampouco de prisão-pena, e sim de outra modalidade de aprisionamento que destoa do sistema processual brasileiro: a execução antecipada da pena criada, em sua mais recente versão, com o *habeas corpus* 126.292, julgado em 2016.

Cumprir citar que esta “nova” modalidade de prisão não é prevista em qualquer dispositivo legal, devido à total ausência de um substrato normativo que a discipline. De igual modo, não há princípios próprios, como o da excepcionalidade das prisões processuais. Dessa forma, percebe-se que se trata de criação jurisprudencial – e não legislativa – recente.

Trata-se, portanto, de uma aberrante criação pretoriana em detrimento dos textos constitucional e legal, com transgressão da legalidade penal (art.5º,XXXIX,CF; art.1º, CP), como defende Morato²¹⁰.

A execução antecipada da pena depois da condenação em segunda instância de jurisdição (julgamento em Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) fere o princípio de presunção de inocência, tendo em vista que além de não terem esgotados os recursos, o formato de prisão não é preventiva e não se fundamenta em qualquer situação processual. Não se trata de prisão-pena, pois não depende de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

²⁰⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.p.98.

²¹⁰ MORATO, Bianca Rodrigues. **Execução provisória de pena: análise do cumprimento ante o princípio da presunção de inocência**. Faculdade de Pará de Minas. Minas Gerais, 2018.

A gênese desse entendimento tem um precedente anterior (HC 126.292, STF, julgado em 2016) e outro atual (o caso do ex-presidente com HC 152.752, STF). Todavia, a principal problemática percebida em 2016, não foi alterada em 2018, uma vez que apesar do conteúdo claro, a presunção de inocência foi ponderada com princípios e reavaliada sem proximidade com seu texto e sua tradição, e sim com base em ordenamentos distinto (no caso, EUA), praticado em sistema judicial de *comon law* e realidade social bastante diferentes.

No primeiro julgamento, de 2016, o Min. Fachin acertadamente se lembrou da função de guardião da Constituição atribuída ao STF, assim como a de intérprete. Considerando a rigidez da Constituição Federal de 1988, não raro em virtude das mudanças sociais, uma norma (aqui no sentido de interpretação do texto) se torna obsoleta. Para assegurar a consonância entre a evolução social e a constituição, o STF se utiliza do instituto da mutação constitucional, que consiste em ressignificar a norma, sem mudar a positividade desta.²¹¹

Quanto a tal instituto Ingo Sarlet destaca que o problema que se visualiza é a existência de mutações inconstitucionais, que ocorrem justamente quando por meio da mutação constitucional o intérprete atribui à norma um significado que vai de encontro ao disposto na Constituição.²¹²

Durante o julgamento, argumentou-se em muitas linhas problemáticas, ressignificação e redefinição do significado de trânsito em julgado, confusão dos princípios da não-culpabilidade, da imputação subjetiva e da presunção de inocência, entre outras.

Uma das fundamentais ponderações exteriorizada pelos Ministros era de que o instituto da prisão após julgamento em segunda instância tem uso exagerado, como regra para todos os casos. Percebe-se um uso prático com semelhança à antiga e já superada prisão obrigatória que constava da redação original do Código de Processo Penal.

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. A Constituição em Perspectiva Histórica Evolutiva: dos antecedentes às afirmações do Constitucionalismo moderno. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8 Ed.: rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019. p.166.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Ibidem*. p.171.

Morato afirma que tal uso se deve à ausência de normas para o instituto criado pela via tecnicamente equivocada e que é utilizado, na prática, sem fundamentação alguma em indubitável contrariedade ao inciso LXI, do art. 5^a da Constituição Federal.²¹³

Nesse contexto, é possível afirmar que a segurança jurídica não é preservada no cenário atual. A autora explica que

Tanto mais porque – diferente do que se dá com os cidadãos em geral – ao ter detectado as hipóteses de prisão preventiva quando prolatada a sentença condenatória, o magistrado deveria ter aplicado tal medida. Em especial, restando-se o conceito de ordem pública que, sem dúvida, merece uma nova roupagem no Estado Constitucional.²¹⁴

Dessa maneira, desde o surgimento dos primeiros atos investigatórios até a prolação da decisão judicial definitiva, a presunção de inocência protegerá o acusado com toda a amplitude que a Constituição define e assegura ao cidadão brasileiro, iniciando sua observância como norma de tratamento, passando pela norma probatória e finalizando com a norma de juízo, a fim de coibir a atividade persecuidora e repressiva do Estado e resguardar a proteção de um dos bens jurídicos mais valiosos de um indivíduo que é a liberdade. Pode-se concluir, portanto, que a execução provisória da pena claramente requer nova avaliação em consonância com a ordem democrática em vigor no país.

6 CONCLUSÃO

O sistema penal de cada sociedade sempre esteve ligado, conforme elucidado no capítulo dois do presente trabalho, ao grau de desenvolvimento da sociedade em questão.

Muito tempo decorreu entre o período da autonomia privada do indivíduo em que as penas eram cruéis e via de regra incidiam sobre o condenado, até o período de orga-

²¹³ MORATO, Bianca Rodrigues. **Execução provisória de pena: análise do cumprimento ante o princípio da presunção de inocência**. Faculdade de Pará de Minas. Minas Gerais, 2018.

²¹⁴ MORATO, Bianca Rodrigues. **Execução provisória de pena: análise do cumprimento ante o princípio da presunção de inocência**. Faculdade de Pará de Minas. Minas Gerais, 2018.p. 39.

nização social, em que as penas começaram a ser pensadas de outras formas, embora ainda existisse, em algumas sociedades, a pena incidente sobre o corpo do indivíduo e persista até hoje, em alguns ordenamentos, a Pena Capital.

Com o desenvolvimento das sociedades, deu-se o desenvolvimento de todo o aparato jurídico. E, a partir dos ideais iluministas de Estado, surgiram preocupações diretamente voltadas ao indivíduo, à sua proteção frente ao aparato punitivo Estatal.

A primeira Constituição a positivar a dignidade humana foi a Alemã, de 1949, com o intuito de impedir que os absurdos cometidos sob a égide do nazismo fossem repetidos.

No mesmo caminho seguiu o Brasil, ao optar por erigir a dignidade humana à categoria de Fundamento da República, uma vez que também saíra recentemente de um período em que, desrespeitando a dignidade humana em toda a sua amplitude, o Estado patrocinou a tortura e a supressão dos mais diversos direitos, a fim de atender aos interesses políticos da época.

O conteúdo da Lei Maior de nosso país foi muito influenciado pelo intervalo de tempo que a antecedeu. Sob o regime dos governos autoritários instaurados após o golpe militar, em 1964, não foram poucos os abusos cometidos sob o véu da proteção estatal. Inúmeros foram os direitos suprimidos, ao tempo em que a dignidade da pessoa humana pouco significava para aqueles que estavam no poder.

Nesse contexto, após o fim do regime autoritário em 1985, surgiu a necessidade de uma nova constituição, fundada nos ideais de dignidade da pessoa humana, preocupada com o estado de bem-estar social e com a necessária valorização dos direitos e garantias fundamentais. Assim foi pensada a chamada Constituição Cidadã, vigente no Brasil desde 1988.

Logo em seu artigo 1º, a Constituição afirmou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constituiu o Brasil. Dedicou ainda, inteiramente, o título II ao tratamento de direitos e garantias fundamentais.

Nesse cenário, chegou ao Ordenamento jurídico Pátrio a Presunção de Inocência, positivada pela Constituição de 1988 como direito fundamental de aplicação notadamente em âmbito processual penal.

Conforme mencionado ao longo do trabalho, a Presunção de Inocência, assim como todas as disposições constitucionais deve ser interpretada levando em conta todo o conteúdo da Lei Maior.

Nesse aspecto, temos ainda que algumas normas infraconstitucionais possibilitam a efetiva aplicação do princípio. De igual forma, tem-se que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da constituição, frente à sua posição hierárquica superior no ordenamento jurídico.

Não raro, em situações fáticas previstas no ordenamento, alguns preceitos constitucionais são relativizados em detrimento de outros: foi o que aconteceu com a presunção de inocência frente às prisões cautelares, discutidas no presente trabalho a fim de elucidar que o princípio já não é observado de forma absoluta.

Com o julgamento do HC 126.292 o STF conferiu nova interpretação ao princípio da presunção de inocência, contrariando de maneira flagrante o que dispõe o texto constitucional e permitindo a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Posteriormente, em 2018, manteve o entendimento ao julgar o HC 15.752.

Em ambos os julgamentos, foram utilizados como principais argumentos para a relativização da presunção de inocência, em síntese, a manutenção da ordem social, o fato de o art. 637 do CPP determinar que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e a lei da ficha limpa, que autoriza, em seu artigo primeiro, o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Além destes, o Min. Barroso afirmou, em ambas as ocasiões, que a nova orientação jurisprudencial permitiria a diminuição da seletividade penal e uma maior efetividade do sistema punitivo.

Frente a tais argumentos, cumpre destacar que a manutenção da ordem social pelo Estado não pode surgir como instrumento legitimador da supressão de direitos individuais em todas as situações, principalmente no que se refere ao direito penal, conforme destacou o Min. Celso de Mello em seu voto no HC 15.752.

O art. 637 tem sua redação original preservada desde o momento de sua criação. Aqui, importa observar que o cenário de criação do código de 1941 foi o Estado Novo de Getúlio Vargas e que a produção legislativa da época visava permitir que o Estado cometesse abusos de forma pautada na legalidade, ainda que a ideia pareça contraditória.

Dito isto, vale ressaltar que embora não se possa falar em inconstitucionalidade do dispositivo frente à CF/88, posto que o controle de constitucionalidade deve ter como parâmetro a constituição da época do ato normativo em questão, o CPP foi pensado sob a égide de uma Constituição que buscava legitimar o autoritarismo Estatal, qual seja a de 1937, cujos ideais não se coadunam com os ideias da sociedade Democrática de Direito.

Ademais, a Presunção de Inocência visa resguardar, sobretudo, a liberdade do indivíduo. A lei da ficha limpa, em seu artigo primeiro autoriza que o indivíduo seja considerado inelegível, quando da condenação por órgão colegiado. Aqui, há que se fazer algumas observações.

Em primeiro lugar, não há dúvidas de que a Lei da Ficha Limpa, em seu art. 1º contraria dispositivo constitucional. No entanto, admitindo que nenhum direito é absoluto e considerando a pena cominada, qual seja a inelegibilidade, é possível aceitar que a Presunção de Inocência, nesse caso, se esgote na condenação anterior ao trânsito em julgado.

Não há, contudo, como aceitar que o mesmo ocorra diante da possibilidade de cercear a liberdade física do indivíduo, que sem sombra de dúvidas é um direito muito mais relevante para a sociedade em geral que o direito de se candidatar a mandato eletivo, principalmente levando em conta que embora a Lei da Ficha Limpa vise combater a impunidade, não são os destinatários dela que lotam os estabelecimentos penais no Brasil.

A mutação constitucional promovida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro remete à mesma justificativa utilizada por Napoleão, ao suprimir na França a Presunção de Inocência, e pelo império Romano, ao negar tal garantia aos seus cidadãos: a necessidade de combater a impunidade.

Conforme observado, na história, via de regra, a presunção de inocência é suprimida para atender às necessidades de governos autoritários, sob o disfarce da busca pelo fim da impunidade e da efetivação do bem-estar social.

Desse modo, conclui-se pela inconstitucionalidade do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que permite a execução da pena antes do trânsito em jul-

gado da sentença condenatória, uma vez que o texto constitucional estabelece expressamente que é neste momento que cessa a presunção de inocência e que antes disso ninguém pode ser tratado como culpado.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. Ed. Malheiros: São Paulo, 2015.
- BEM, Bruna Pio do. GODOY, Fabiana Roncaratti P. de. Apontamentos acerca do Habeas Corpus 126.292 e o início da execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória Penal. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**. a.II, n.2, p.43-58.jan/dez, 2016.
- BEZERRA, Paulo César Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. 1. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2007.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume 1 – Parte Geral**. 23. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: ed. Saraiva, 2017..
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Costitucional**. 12. ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei 3.689 de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 mai 2018.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 18 de out. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 12 set. 2018.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.
- BRASIL. **Constituição política do império do Brazil**. Rio de Janeiro. 1823. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 out. 2018.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 01 out. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 226014/SP**, Quinta Turma. Paciente:
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 152.752/PR. Paciente: Luiz Inacio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS nº126.292/SP –São Paulo. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 17 fevereiro 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 130636/PR**, Segunda Turma. Paciente:Adir Assad. Impe-trante: Miguel Pereira Neto e outro. Relator: Ministro Teori Zavascki, PR, julgamento em 15 de de-zembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28130636%2EN>

BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Ja-neiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil**: O conflito entre punir e libertar. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2005.

CANCIAN, Renato. **Período pré-colonial: Pau-brasil, capitanias hereditárias e Governo-geral**. Disponível em < <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/periodo-pre-colonial-pau-brasil-capitanias-hereditarias-e-governo-geral.htm>>. Acesso em 23/04/2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Percentual de Presos Provisórios**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 01 mai 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: 2001,

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Pacto de São José da Costa Rica**. 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san-jose.htm>>, acesso em 16 de set. de 2018.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. *In*: WOLKMER, Antônio Carolos. (Org.). **Fundamentos da História do Direito**. 7. ed. rev e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.441-458.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte geral**. 5ª ed. ver e atual. Salvador: Jus-podvim, 2017.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites sobre giro punitivo na realidade periférica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 151, ano 27. São Paulo: Ed. RT, 2019.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: ed. Atlas, 2014.

FARIAS, Márcio de Almeida. **Direitos Humanos**: conceito, caracterização, evolução histórica, e eficácia vertical e horizontal. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/37044/direitos-humanos-conceito-caracterizacao-evolucao-historica-e-eficacia-vertical-e-horizontal>>. Acesso em 23 de out. de 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Ed. Jus-podvim, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO; Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA, Secretaria de Administração Penitenciária do Estado da Bahia. **População Carcerária do Estado da Bahia**. Publicado em 12 de mai 2019. Disponível em <http://www.seap.ba.gov.br/sites/default/files/dados/2019-05/PRESOS%20CONDENADOS%20E%20PROVIS%C3%93RIOS%20-%2012-05-2019_0.pdf>. acesso em 13 mai 2019.

GRECO, Rogério. **"Direito penal do inimigo"**. Jusbrasil. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. Ed. rev e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 21. Ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2019.

ITCC, Instituto da Terra, Trabalho e Cidadania. **Prisão provisória é utilizada de forma excessiva e acentua o encarceramento em massa**. Disponível em <<http://itcc.org.br/prisao-provisoria-e-utilizada-de-forma-excessiva-e-acentua-encarceramento-em-massa/>>. Acesso em 01 mai 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquemático**: Parte Geral. 6. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Prisão Cautelar: Doutrina, jurisprudência e prática**. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **A instrumentalidade garantista do processo penal**. Disponível em: <http://www.academia.edu/7839156/A_INSTRUMENTALIDADE_GARANTISTA_DO_PRO-CESSO_PENAL>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 2. 7. Ed: atualizada conforme a lei nº 12.403/2011 – Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão Preventiva (crítica e dogmática)**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas – Considerável Influência no Direito Brasileiro**. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em 23 set 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito À Tutela Jurisdicional Efetiva Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf>>. Acesso em 27 out. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: ed. Atlas, 2014.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da Pena**. 3 Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2016.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 2. Ed: revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897>>, acesso em 16 de set. de 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORATO, Bianca Rodrigues. **Execução provisória de pena: análise do cumprimento ante o princípio da presunção de inocência**. Faculdade de Pará de Minas. Minas Gerais, 2018.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Direito Processual Penal. *in*: CRISTINA, Flávia. FRANCESCHET, Júlio. PAVIONE, Lucas. **Exame da OAB: Todas as disciplinas**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: ed. Juspodvim, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed: Revista e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

_____. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, José Anselmo. A prisão cautelar como exceção ao Princípio do Estado de Inocência. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 02, 2002.

ONU. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao-integra-do-documento-original.htm>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 04 abr. 2019.

PACCELI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23 Ed.: revista e atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2019. p. 567.

PÁDUA, João Pedro Valladares. Categorizações como método de produção de sentido de normas constitucionais: Contribuições da interface entre direito e análise do discurso. **RIL Brasília**, a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 87-109. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p87. acesso em 10 de maio de 2019.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas**. 1. ed. São Paulo: Jalovi, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume 1 – Parte Geral. Arts. 1 a 120**. 11. Ed. rev e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PEN, Partido Ecológico Nacional. **ADC 43: Petição inicial**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=549829633&prclID=4986065#>>. Acesso em 24 out. 2018. p. 78.

Renato Dionísio. Impetrante: Juliana Garcia Belloque – Defensora Pública. Relator: Ministra Laurita Vaz, SP, julgamento em 19 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201102812004.REG>>. Acesso em: 14 de maio de 2019,

UME%2E+OU+130636%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/znc4ce8>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: Parte Geral**. 13. Ed. rev e atual. Salvador: Ed. Juspodvim, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 19. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Editora L&PM, 2007. Versão Kindle,

SALERNO, Maria. ZEMUNER, Adiloar Franco. **A Importância do Direito Romano na formação do jurista brasileiro**. In: **Semina: Ciências sociais e Humanas**, Londrina, v. 27. n.2. p. 125-133. Disponível em <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3744/3005>>. Acesso em 22 de abr. 2019.

SARLERT, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. e ampl. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2015.

_____. A Constituição em Perspectiva Histórica Evolutiva: dos antecedentes às afirmações do Constitucionalismo moderno. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8 Ed.: rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

SARMENTO, George. A Presunção de Inocência no Sistema Constitucional Brasileiro. *In*: ALENCAR, Rosmar Antoninni Rodrigues Cavalcanti. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 1. Ed. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008.

_____. Presunção de Inocência diante das prisões cautelares – Um estudo de jurisprudência. **Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz**, Departamento de Ciências Jurídicas, Bahia, n. 01, anual, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso Básico de Direito Constitucional**: Tomo I- Teoria da Constituição – Controle de Constitucionalidade. 1 Ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. Ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

_____. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. 1 Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

SILVA, Walter Nunes. **Curso de Direito Processual Penal**: Teoria (Constitucional) do Processo Penal. 2. ed. rev. e atual. Natal: Owl editora jurídica, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 443.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. rev e atual. Ed. Juspodvim: Salvador, 2017.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. Ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016

_____. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. Ed.: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Juspodvim, 2019.

TERASOTO, Camila. **A restrição do princípio da presunção de inocência diante de sentença condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição**. Curitiba: 2010. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42558/145.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 set. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 35 ed.: Revista e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____, Fernando da Costa. **Processo Penal: vol 1**. 31. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do Encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 24, Vol. 126. São Paulo.

ZAFFARONI, Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1**. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.