

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Amanda Lima Correa

A NEGAÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA PELA SUPREMA CORTE  
BRASILEIRA

Porto Alegre/ RS

2019

AMANDA LIMA CORREA

PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau como Bacharel de Direito.

Orientadora: Professora Doutora Ana Paula Motta Costa.

PORTO ALEGRE/RS

2019

AMANDA LIMA CORREA

## PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial obtenção do grau como Bacharel de Direito.

Banca Examinadora:

---

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa

---

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

---

Professor Doutor Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Conceito:

Porto Alegre, 08 de julho de 2019

## **Resumo**

Trata o presente ensaio do estado de inocência inerente a todo o indivíduo e o ponto em que este bem sinônimo da liberdade dos homens, pode vir a ser afastado pelo Estado.

Assim foi contextualizado o surgimento histórico do princípio da presunção de inocência, seu desenvolvimento e esquecimento na história da humanidade.

A consideração atribuída a ele pela doutrina e os desdobramentos cujo reflexo ocorrem no processo penal.

Após buscou-se junto ao repositório jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entedimento conferido ao princípio, se notando que foram operadas trêns significativas mudanças de entedimento. Contudo, mesmo havendo decisão do pleno em determinado sentido, alguns componetes da Corte não seguira, a corrente majoritária e permaneceram na defesa de seu pocionamento.

Ao fim buscou-se demosntrar que o entedimento sustentado pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais, carece de legitimidade, pois trataram de questões diversas e não respeitaram o conteúdo do princípio.

## **Abstract**

It deals with the present test of the state of innocence inherent in every individual and the point at which this good synonym of the freedom of men can be removed by the State.

Thus was contextualized the historical emergence of the principle of presumption of innocence, its development and forgetfulness in the history of humanity.

The consideration attributed to him by the doctrine and the unfoldings whose reflection occurs in the criminal process.

After checking the jurisprudence of the Federal Supreme Court, it was found that there were three significant changes of behavior. However, even if there was a decision of the plenum in a certain sense, certain components of the Court had not followed the mainstream and remained in defense of its position. At the end, it was tried to prove that the support sustained by the Federal Supreme Court in the present day, lacks legitimacy, since they dealt with diverse issues and did not respect the content of the principle.

## **Agradecimentos**

Ao Criador pelas bênçãos ofertadas diariamente, pela força e mudança que promoveu em minha vida e segue promovendo todos os dias.

À vida que ainda se encontra em meu ventre e ao meu companheiro, pela união, amor incondicional, felicidade e pela promessa de prosperidade.

Aos meus pais, irmã, avó e avô.

As minhas amigas do mundo animal, Pirata e Shakay pelo sentimento sincero e alegrias proporcionadas.

À Professora Ana Paula Motta Costa que aceitou guiar-me na realização desta etapa necessária para conclusão de um longo caminho.

## SUMÁRIO

01 INTRODUÇÃO .....	7
2. O ESTADO DE INOCÊNCIA .....	9
2.1. BREVE ELUCIDAÇÃO HISTÓRICA.....	9
2.2 A FÓRMULA DA NÃO CULPABILIDADE E AS ESCOLAS ITALIANAS .....	15
2.3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO.....	19
2.4 PRINCIPAIS PONTOS DE INCIDÊNCIA NA PRÁTICA FORENSE.....	27
2.4.1 Regra de Tratamento.....	28
2.4.2 Regra de Juízo .....	29
2.4.3 Regra probatória.....	30
03. AS VARIANTES JURISPRUDÊNCIAS DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA SOBRE A GARANTIA FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	31
3.1. HC 84.078-7/MG .....	46
3.2. HABEAS CORPUS 126.292/SP .....	49
04. DA NEGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	54
4.1. VIOLAÇÃO AO SISTEMA GARANTISTA: DA INOBSERVÂNCIA DO DEVER JURIDICIONAL DE ZELAR PELOS VALORES CONSTITUCIONAIS. ....	54
4.2 DA SIMILARIDADE DOS ARGUMENTOS COM A IDEOLOGIA DA ESCOLA POSITIVISTA: AFASTAMENTO DO GARANTISMO PENAL E APROXIMAÇÃO COM O DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	57
4.3 DOS EFEITOS DA DECISÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: A LIBERDADE DOS ACUSADOS PELO ERRO JUDICIÁRIO.....	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	64
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS .....	66

## 01 INTRODUÇÃO

A realidade do mundo concreto é regida por um complexo normativo invisível, porém sempre presente. Os acontecimentos, relações entre indivíduos, entre esses indivíduos e Estado ou pessoas jurídicas privadas, são norteados e limitados pelo ordenamento jurídico, quando esses acontecimentos escapam a linha tênue do bem jurídico protegido pelas demais esferas jurídicas e atinge aquele de extrema relevância, ingressa-se na seara do direito penal.

Ingressando no procedimento criminal há dois polos principais a vítima e o acusado, o processo consagrado no sistema acusatório é triangular, busca-se um equilíbrio entre as figuras do réu e do acusador, representando aqueles que restaram supostamente ofendidos, a vítima e o Estado. Entre essas figuras existe o elemento imparcial personificado no personagem do julgador, a ele incumbe zelar pelos regramentos que norteiam o caminho do processo penal, necessário a apurar a efetiva responsabilidade no cometimento de um delito ou a declaração da continuidade do estado de inocência inerente aos homens, por meio da absolvição.

Esse marco, entre a decisão pela mutabilidade ou não da inocência de um indivíduo está consubstanciado na Carta Magna Brasileira no princípio da presunção de inocência, previsto na Carta Magna de maneira expressa. Nessa norma legal é possível se compreender onde encontraremos o desfecho de um procedimento criminal, qual seja o trânsito em julgado, vejamos o teor do enunciado do Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>1</sup>

O presente ensaio realizou-se no sentido de demonstrar como é entendido tal postulado pela Suprema Corte de Justiça Brasileira. Para tanto foi efetuada pesquisa junto a doutrina, legislação, jurisprudência e artigos veiculados na rede de internet.

---

<sup>1</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 05 de abril de 2019.

Assim, foi realizada breve preleção histórica relacionada ao estado de inocência e a sua regência ou inexistência nos ritos que compõem o processo penal no cenário histórico ocidental. Partindo-se da Idade Média, atravessando o Renascimento, a época das guerras e a celebração entre as nações de compromissos relativos aos direitos humanos, considerando esta pesquisa àqueles dedicados ao postulado da presunção de inocência.

Apontamentos foram feitos em relação as escolas italianas e a criação da Não Culpabilidade, haja vista, constituíram fonte para a redação do Código de Processo Penal de 1941.

Ultrapassada a breve elucidação histórica buscou-se nas fontes doutrinárias, cujas vertentes convergem no sentido do entendimento adotado nessa pesquisa, a delimitação de um significado que engloba muitos conteúdos e a seus principais reflexos destes no procedimento criminal. Tais desdobramentos podem ser entendidos como as máximas: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo.

Tal busca na história pela origem do princípio, a sua delimitação e aplicabilidade foram realizadas a fim de sustentar um arcabouço para a apreciação e compreensão das decisões emanadas do Pretório Exelso relativamente ao conteúdo explicitado no inciso LVII da Carta Política.

Foi assim, efetuado estudo sobre o repositório jurisprudencial da Corte Suprema os entendimentos firmados pelo pleno em relação ao postulado, tendo como marcos os anos de 1991, 2009 e 2016. Nos tempos atuais há sinalização de possível modificação no posicionamento adotado pelo Colegiado, porém até o presente momento nenhuma transformação efetiva veio a concretizar-se.

Embora possa se falar em três marcos principais para a historicidade do princípio no Tribunal Supremo, se observa da análise de decisões monocráticas que figuras componentes do Supremo Tribunal Federal não seguiram a corrente majoritária sob o argumento de defesa pela garantia constitucional expressa na Carta Política.

A partir de tal estrutura o presente estudo busca demonstrar, confrontando o atual posicionamento sustentado pelo Supremo a afirmação ou negação do estado de inocência dos indivíduos, considerando o estado democrático de direito e as garantias que ele confere a todos os homens.



## 2. O ESTADO DE INOCÊNCIA

### 2.1. BREVE ELUCIDAÇÃO HISTÓRICA

Etimologicamente presunção tem origem no Latim *praesumere*, “tomar adiantadamente”, de *prae*, “antes”, mais *sumere*, “pegar, tomar”.<sup>2</sup> A literalidade do termo, induz, por si só, a compreensão axiológica de seu conteúdo e seu desdobramento nas diversas esferas da vida, que em suas relações é regida pela Lei. No seu mais alto grau de severidade, tais conexões humanas estão sob o mando do Direito Penal, para melhor esclarecimento do objeto deste trabalho faz-se necessária referência à evolução da persecução criminal no que tange à consideração de um indivíduo como culpado ou inocente: o Princípio da Presunção de Inocência.

Desde antes do Império Romano, é possível notar elementos da presunção de inocência, sem, contudo, ser possível falar em um sistema fundado neste princípio<sup>3</sup>.

Ao final do século I a.C. e início da era cristã, há registros de que foi conferido ao Imperador Augusto o poder de, em caso de maioria condenatória, votar pela absolvição do réu. Com o empate da votação, haveria a absolvição. Assim suscitando-se a dúvida possível considerar que um delito não fora praticado. Tem raiz, também no Direito Romano a máxima *in dubio pro reo*.<sup>4</sup>

Com a queda do Império Romano do Ocidente descortina-se um novo cenário na história mundial, marcada pelo despovoamento e invasões barbaras. Tanto no período das ordálias, de influência bárbara, quanto na ascensão da igreja católica que abandonou os juízos dos desuses e instaurou a santa inquisição, baseada no direito

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/presuncao/>>. Acesso em 27.04.2019.

<sup>3</sup> SILVA, Carlos Walber da . O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64135/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>>. Acesso em 15.05.2019.

<sup>4</sup> SANTALUCIA, Bernardo. *Processo penale: diritto romano*. In: MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

penal do inimigo que firmemente combatia a heresias, prisões efetuavam-se sem qualquer acusação prévia, sem a comunicação aos acusados da prática delitiva pela qual foram encarcerados e a imposição de pena passava da pessoa do condenado. Na era da vingança de sangue, da estratificação da sociedade em castas feudais, da figura do soberano, com quem se firmava o Pacto Social e da alienação da liberdade em todas as esferas que compõe a vida do homem em sociedade, não se vislumbrava um estado natural de inocência nos indivíduos.

A Santa Inquisição promovia a persecução penal sem ampla defesa e contraditório, o processo penal era secreto e o acusado o respondia preso. A tortura era meio de produção de provas, diante desse meio probatório, não causa estranheza que a confissão figurasse como rainha das provas. Assim os interrogatórios duravam horas submetendo o acusado à tortura e à ameaça até que se obtivesse a confissão de um delito que muitas vezes não havia sido praticado.<sup>5</sup>

O período inquisitivo forjou e utilizou o processo penal como instrumento de exercício do poder estatal e controle de seus adversários, não havia respeito aos direitos inerentes do homem, tampouco se falava em estado de inocência perante uma acusação. Assim, diante do destempero e ilegitimidade das instituições processualísticas, da total injustiça e ausência da equidade o procedimento penal conheceu sua pior forma, deixando a Inquisição uma marca profunda na história de tantos povos.<sup>6</sup>

Nesse sentido, bem destaca Zanoide que:

“talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda de que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> FOUCAULT, Vigar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 34.

<sup>6</sup> 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. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69.

<sup>7</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. p. 105.

A partir da Baixa Idade Média, uma noção de direitos humanos começa a ser concebida. Em 1215, transcendendo o mundo feudal, a Magna Carta Inglesa deixou implícito de que o Rei estaria vinculado às leis. O compêndio legal também previu uma série de direitos que o Estado não poderia infringir. No que tange ao bem essencial liberdade, modificou o estado de culpabilidade, pois previu o devido processo legal com os homens livres julgados por seus pares de acordo com a lei da terra.<sup>8</sup>

Neste mesmo corte histórico, Santo Thomas de Aquino, baseado no direito natural, trouxe ideias contrárias ao sistema punitivo vigente. Elevando as perspectivas da suspeita e do julgamento à conformidade com a lei, refletiu acerca da ilicitude de um julgamento calcado pura e unicamente em suspeitas direcionadas a determinado indivíduo pela prática de um delito.<sup>9</sup>

A partir do Século XVI, o Século das Luzes, o movimento Iluminista, subverteu a antiga ordem teratológica e entre os postulados fundamentais que orientaram as reformas do sistema repressivo vigente, está a presunção de inocência. O Movimento Iluminista, passou a tratar efetivamente do conteúdo principiológico do postulado da presunção de inocência. O homem passava a não ser inimigo do estado, mas sim a fonte de seu poder. O arcabouço da racionalidade passou a ensejar a construção de uma nova ordem política, social, econômica e jurídica. No campo do processo criminal, a imputação da culpa passa a ser combatida como instrumento de coação, controle e desprestígio ao homem. Há o início da formação de um mecanismo de projetividade da elementar inocência, cabendo ao estado, não violá-la sem o devido procedimento legal.<sup>10</sup>

Em *Vigiar e Punir*, Michael Foucault descreve bem o total desprezo ao estado de inocência que vigorou em grande parte do período medieval no que tange ao processo penal. Onde além da inexistência da presunção de inocência, não havia protetividade de qualquer outro direito fundamental. O corpo do condenado, pois assim o era antes

---

<sup>8</sup> MELO, Fabiano. **Direitos Humanos**. São Paulo: FORENSE LTDA, 2016. p. 35-36.

<sup>9</sup> AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teleológica**. 1265-1273 *apud* BENTO, Ricardo Alves. **Da Presunção de Inocência no processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.19.

<sup>10</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. Cit.* p.74.

mesmo da superveniência de uma sentença, era submetido à tortura em espetáculo público. A imposição do castigo corporéu levava muitas vezes que admitissem crimes que nunca ocorreram. Muito bem destacar breve excerto da obra a fim de contrastar o processo penal que o movimento Iluminista veio a modificar.

Nessas cerimônias que são objeto de tantas investidas adversas, percebem-se o choque e a desproporção entre a justiça armada e a cólera do povo ameaçado. Nessa relação Joseph de Maistre reconhecerá um dos mecanismos fundamentais do poder absoluto: o carrasco forma a engrenagem entre o príncipe e o povo; a morte que ele leva é como a dos camponeses escravizados que construíram São Petersburgo por cima dos pântanos e das pestes: ela é princípio de universalidade; da vontade singular do déspota, ela faz uma lei para todos, e de cada um desses corpos destruídos; que importa que atinja inocentes!<sup>11</sup>

Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, foi de suma importância para a construção das bases do sistema penal dos séculos XVIII e XIX, lançando o arcabouço sob o qual foram construídas as ciências criminais em âmbito mundial. Como um farol da ciência criminal, criticou a arbitrariedade estatal e buscou proteger o bem essencial da liberdade. Postulando o primado de igualdade entre aquele que acusa e o que é acusado<sup>12</sup>, todos deveriam ser tratados com equidade e considerados inocentes até que houvesse pronunciamento judicial em sentido contrário:

Um homem não pode ser chamado de culpado antes de sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz poder de aplicar pena ao cidadão enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo esse dilema: Ou o delito é certo ou incerto. Se certo, não lhe convém outra pena senão a estabelecida pelas leis, e inúteis os tormentos, pois inútil a confissão do réu. Se for certo, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados. [...] <sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: vozes, 1999. p. 94.

<sup>12</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. Cit.* p.74.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Trad. J.Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. p.61.

A partir do movimento calcado em um sistema humanitário e fundado no ideal da racionalidade, o acusado não passa a ser mais considerado presumidamente culpado, mas sim, será inocente até que por meio de provas materiais e o devido processo seja apurada a sua culpa.

No transcurso dos séculos XIX e XX, a Itália protagonizou um amplo debate acerca do estado de inocência do homem, variável a sua concepção, a depender da vertente a qual estava atrelada a pesquisa de seu sentido, consoante à ideologia de processo penal de cada escola<sup>14</sup>, que influenciaram amplamente o campo do direito penal, o que será visto em tópico apartado do presente.

A consagração da tutela da inocência, como elementar expressamente prevista em lei, ocorreu em 1789, na França, em meio a um cenário de expressivo embate de interesses entre as classes dominantes: os religiosos, os poderes despóticos da monarquia e a burguesia ascendente, o que resultou em uma guerra civil. Após a tomada da Bastilha e a queda do Rei Luís XVI, seguiu-se a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamando “os *direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem*”<sup>15</sup>, dentre eles, precisamente em seu inciso 9º, *in verbis*:

Todo homem é considerado inocente até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgada indispensável sua prisão, todo o rigor desnecessário empregado para a efectuar, deve ser severamente reprimido pela Lei.<sup>16</sup>

Fica evidenciada, formalmente, a alteração de eixo do processo penal, abolindo-

---

<sup>14</sup> NICOLITT, André Luiz. *As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 60.

<sup>15</sup> MELO, Fabiano. *Op. Cit.* p. 40.

<sup>16</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

se a culpa e estabelecendo-se a presunção de inocência para todos os imputados, como consectário natural de sua natureza. A persecução penal poderia considerar alguém culpado somente após o final do processo criminal.<sup>17</sup>

Tal marco histórico não correspondeu a universalização da presunção de inocência, assim como das demais garantias fundamentais do homem. Até o século XX, no auge do nacionalismo, o advento do fascismo e das grandes guerras erradicaram os avanços operados pelos filósofos humanistas.<sup>18</sup>

Ferrajoli, destaca que na era do fascismo, a presunção de inocência enfrentou grande crise, refere o manejo abusivo da prisão preventiva que foi utilizada como medida de segurança processual com o fim de promover a defesa social, sendo, inclusive, cabível em casos que o delito tenha desencadeado clamor público.<sup>19</sup>

A afirmação vinculativa da presunção de inocência, bem como da totalidade de direitos humanos, é fenômeno posterior à 2ª Guerra Mundial. Somente diante das atrocidades experimentadas por vários países contra uma multiplicidade de indivíduos fez perceber que a tutela dos direitos essenciais ao homem não poderia ser deixada a critério de cada estado.<sup>20</sup>

Da necessidade de criar-se uma comunidade internacional, pautada, na humanidade, em 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas.<sup>21</sup>

Assim em 1948 a ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo o teor do artigo XI, dispõe o seguinte:

1. Toda a pessoa acusada de um ato 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.

---

<sup>17</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 115.

<sup>18</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 100-120

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luidi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São paulo: Revista dos Trbunais, 2010. p. 444.

<sup>20</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 100-120.

<sup>21</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p 239.

2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam ato delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido.

A partir desta Declaração o Princípio da Presunção de Inocência passou a relacionar-se à tutela jurisdicional passando a assegurar a garantia, onde os meios operados para apurar a responsabilidade criminal, devem ser realizados por procedimento público e legal, assegurado o direito de defesa.<sup>22</sup>

## 2.2 A FÓRMULA DA NÃO CULPABILIDADE E AS ESCOLAS ITALIANAS

Concomitante as ideias Iluministas o mundo ocidental experimentou o início de uma série de correntes ideológicas que fundariam a criminologia, as escolas italianas protagonizaram um amplo embate acerca do tema estado de inocência.

Sob a égide da influência dos Iluministas a Escola Clássica buscava um sistema punitivo livre de intervenções arbitrárias do Estado, na esfera da liberdade individual dos componentes da sociedade. A finalidade da sanção decorrente de um delito praticado tinha finalidade dupla, a primeira, de impor uma sanção aos transgressores da lei, dado o contexto social de crescente criminalidade, e, a segunda, de evitar condenação daquele que é inocente, este último objetivo prevalecendo sobre o primeiro. A Escola Clássica tratou a presunção de inocência como elemento de legitimação do processo penal, ou seja, condição de juridicidade do procedimento. Este funcionando como meio de limitação à ação do acusador e do juiz, a fim de evitar o arbítrio e o erro. Carrara já vislumbrava, na presunção de inocência, sua tangência com a questão da prova, seu conteúdo político de caráter geral e sua implicação na moderação da prisão preventiva.<sup>23</sup> Ainda, Carrara, elevou a presunção de inocência a

---

<sup>22</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 18.

<sup>23</sup> NICOLITT, André Luiz. *Op. Cit.*. p. 60-61

postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo.<sup>24</sup>

“O Postulado de que parte da ciência nessa segunda série de estudos é a presunção de inocência, e portanto a negação da culpa. Não mais, como na primeira parte, ela permite às autoridades supor que esteja diante delas um culpado. Não mais diz: protejo este homem para que vocês não o punam além da medida, rompendo os cânones e os critérios que eu estabeleço sobre os dogmas da razão para determinar tal medida. Aqui a ciência diz ao contrário, com a cabeça erguida: protejo este homem porque ele é inocente; e tal eu proclamo desde que vocês não tenham provado sua culpabilidade; e essa culpabilidade vocês devem provar com os modos e formas que eu lhes prescrevo, os quais vocês devem respeitar porque realmente procedem de dogmas de pura razão... A metafísica do direito penal propriamente dita é destinada a proteger os culpados dos excessos da autoridade social; a metafísica do direito processual tem por missão proteger dos abusos e dos erros da autoridade todos os cidadãos inocentes e honestos.<sup>25</sup>

Em contradição ao direito penal humanista, nasceu o direito penal científico ou positivo, inspirado nas ciências experimentais, do método científico e indutivo, onde toda produção intelectual estaria submetida ao método causal explicativo, essa corrente filosófica foi desenvolvida pelo francês Auguste Comte e pelo inglês John Stuart Mill, que influenciaram a compreensão do fenômeno delitivo do direito penal da época. Houve um total afastamento da valoração jurídica do crime e passou-se a investigação do fenômeno delitivo sob uma perspectiva sociológica, antropológica, biológica, advindo o desenvolvimento da criminologia como ciência autônoma.<sup>26</sup> A finalidade do processo penal foi alterada, enquanto na escola positiva o processo era meio de tutela frente à ação punitiva do estado, para os positivistas as penas estão como mecanismo de defesa social, pois o delincente, por meio de fatores biopsicossociais, tinha uma probabilidade

---

<sup>24</sup> CARRARA, Francesco. *Diritto Penale e la Procedura Penale* (1873) p. 17-19. in FERRAJOLI, Luidi. *Op. Cit.* .494-496

<sup>25</sup> CARRARA, Francesco. in FERRAJOLI, Luidi. *Op. Cit.* p.577.

<sup>26</sup> BITENCOURT, César Antônio. **Tratado de Direito Penal** – Vol 1- Parte Geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 145-148



de culpa em seu desfavor. Em uma época de recrudescimento da criminalidade onde o poder capital estava consolidado, aproveitando-se da mão de obra barata e marginalizada, a escola surgiu como forma de repressão aos setores não hegemônicos da sociedade<sup>27</sup>. As principais ideias partiram de Lombroso, médico, psiquiatra, que em sua antropologia definia o criminoso a partir de características fisiológicas (orelhas em asa, testa inclinada, baixa sensibilidade a odor), veja-se que aqui o estado de inocência é negado ao homem, anteriormente ao seu nascimento.<sup>28</sup>

Ferri, inicialmente socialista e após adepto do fascismo, substitui a culpabilidade pela periculosidade “uma relevante possibilidade de tornar-se o autor do delito”, insistiu no enfoque sociológico do delito até quase fazer desaparecer o direito penal. Por sua vez, Garofalo, lançou diversos argumentos adotados pelos regimes totalitários e autoritários, se desvirtuando dos Direitos Humanos, estipulava sentimento de moral como bem a não ser infringido, incitou o sentimento de superioridade dos europeus, pretendeu definir o delito como fenômeno natural apelando para tanto, a análise dos sentimentos. Aqui enxergamos o banimento do estado de inocência, pois um indivíduo é presumidamente voltado a delinquir com base em mera presunção de culpa. Tal ideologia se alastrou pela América Latina e foi adotada em regimes ditadores.<sup>29</sup>

Distanciando-se do direito penal do fato e buscando desenvolver uma dogmática penal legalista, Vincenzo Manzini destaca-se entre os teóricos da Escola Técnico-Jurídica, defendendo que “não ser considerado culpado, não equivale a ser considerado inocente”<sup>30</sup>, ataca a presunção de inocência, estabelecendo, em verdade, um juízo de culpabilidade, justificando que o princípio contraria os objetivos do processo. Considerava que a liberdade não se tratava de um estado natural conferido a totalidade dos homens, mas sim um elemento concedido pelo Estado. A liberdade não é tratada

---

<sup>27</sup> MORAES, Maurício Zanóide de. Op. Cit. p. 156.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. . p. 263-266.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 263-266.

<sup>30</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Vol I, 1920, p. 180 in NICOLITT. Op. Cit. p. 61.

como direito fundamental, mas sim como interesse social secundário àquele outro punitivo, a liberdade existirá somente se não for conhecida a punibilidade, por tal motivo que a presunção de inocência seria contrária aos objetivos do processo criminal.<sup>31</sup> Partiu da assunção que a experiência demonstraria que a maior partes dos acusados são na realidade culpados.<sup>32</sup>

Assim, não existiriam inocentes, mas sim culpados e não culpados, pois o processo penal não tem por finalidade verificar a inocência de alguém, mas sim se é culpado ou não culpado. Desta concepção, substitui-se a presunção de inocência iluminista pelo termo não culpado.<sup>33</sup>

A presunção de inocência sofreu, assim, um grande ataque, por haverem sido adotados dois pressupostos de extrema relevância para os técnico-jurídicos: a ideologia de defesa social, que deveria prevalecer sobre os direitos individuais do imputado, considerado no mais das vezes como um inimigo do regime, e a técnico-jurídica, derivada do método lógico-indutivo trabalhado pelo positivismo jurídico italiano.<sup>34</sup>

Antônio Magalhães, preleciona que a polêmica acerca do valor da presunção de inocência incentivou os legisladores a não reconhecerem formalmente o princípio da presunção de inocência nas suas constituições por todo este período, fazendo com que somente após a terrível experiência do nazifascismo, com as reiteradas violações dos direitos humanos ocorridas na II Guerra Mundial, ocorresse o reconhecimento explícito em diversos textos constitucionais, bem como nas cartas internacionais.<sup>35</sup>

Neste cenário adotou-se a acepção do vocábulo culpabilidade vendo o imputado com uma espécie de neutralidade, nem seria culpado, tampouco inocente, a terminologia foi aderida por diversas constituições, inclusive pela Brasileira de 1988 que se distanciou

---

<sup>31</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 125-130.

<sup>32</sup> MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. Vol I, 1920. P 180-181 in FERRAJOLI, Lugi. Op. Cit. p. 507.

<sup>33</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 181.

<sup>34</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 124.

<sup>35</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 123-124

dos modelos de Portugal e Espanha.<sup>36</sup>

Desta acepção também não se distanciou o Código de Processo Penal Brasileiro, não obstante a suas alterações até a contemporaneidade, este foi promulgado na vigência do Estado Novo Getulista e no curso da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). A afinidade política e ideológica entre o Estado Novo Brasileiro e o Estado Fascista italiano fez com que a ideologia desenvolvida pela doutrina técnico-positiva de Manzini fosse inserida na feitura do Código de Processo Penal pátrio. Assim a ideia juspolítica de presunção de inocência foi totalmente rejeitada forjado o código processual com base nas ideologias de “presunção de culpa” e que há um “inimigo a ser perseguido” e aplicada a este a respectiva sanção.<sup>37</sup>

### **2.3. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO.**

A definição do conteúdo e a incidência no direito que o postulado encerra se faz imprescindível para a sua aferição, no que tangue ao cumprimento antecipado da pena. Embora haja divergência no campo doutrinário acerca da amplitude e alcance do termo, na presente pesquisa se colacionou o entendimento de ampla gama da doutrina que postula entendimento de acordo com a garantia taxativamente prevista na Constituição Federal.

Inicialmente, a despeito de constar a terminologia “não culpado” na Constituição de 1988, vocábulo originado na esteira do regime fascista, devemos interpretar o termo não segundo a lógica do regime ditador, mas sim sob a ótica da interpretação sistemática da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, tem por um de seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana. Aliás, agregando-se ao texto da Lei Maior estão as cartas internacionais que tratam de modo taxativo da presunção de inocência e não da regra da não culpabilidade, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

---

<sup>36</sup> NICOLITT, André Luiz. Op. Cit. p 61.

<sup>37</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p 204-209.

Portanto, embora a acepção do termo ‘não culpado’, não deve seguir a ideologia que originou o vocábulo, sendo assentado que presunção de inocência e não culpabilidade são sinônimos, negar isso afrontaria os direitos fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido Zanoide de Moraes concluiu:

Essa impossível coexistência de conteúdos (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da “não consideração prévia de culpabilidade”, em essência jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra<sup>38</sup>.

Gustavo Badaro afirma que a terminologia inocente e não culpado constituem idênticas variantes de um sentido único. Configuraria tentativa contraproducente a distinção de ambas as expressões que pertencem a uma mesma ideia. Do ponto de vista processual as expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.<sup>39</sup>

Assim muito embora haja divergência acerca da acepção dos termos, como já explicitado não insta admitir tal diferenciação.

Superada questão terminológica dotada de carácter puramente tecnicista, passe-se a análise do conteúdo que o princípio encerra.

O princípio da presunção de inocência o qual proclama que reputa-se inocente a pessoa não culpada, trata do estado natural do homem, em um Estado Democrático de Direito, onde está consagrada a Dignidade da Pessoa Humana.

---

<sup>38</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit, p. 225

<sup>39</sup> BADARÓ, Gustavo. **Direito Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 24

Sendo um princípio constitucional, segundo as lições de Guilherme de Souza Nucci, configura um mandamento que irradia-se tanto na esfera política, quanto na interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Antes de sua constitucionalização este princípio era observado pelos processualistas na aplicação da norma ao caso concreto.<sup>40</sup>

Ainda, em outra de suas obras, o autor, destaca, brilhantemente:

“Inocente se nasce, permanecendo-se nesse estágio por toda a vida, a menos que haja o cometimento de uma infração penal e, seguindo-se os parâmetros do devido processo legal, consiga o estado provocar a ocorrência de uma definitiva condenação”.<sup>41</sup>

Assim na valorativa de um Estado de Direito calcado na Dignidade da Pessoa Humana, o Estado só poderá inverter o estado de inocência de um cidadão em virtude de uma condenação transitada em julgado, constituindo assim garantia material e processual, pois tal *status* permanece inalterado até que os fatos e os mecanismos processuais não deixem mais viger a liberdade.<sup>42</sup>

Portanto o princípio se reflete em diversas fases do processo penal, estando também presente do âmago de outros regramentos, uma vez que os consubstancia, se tratando de uma garantia concernente ao indivíduo como tal, uma vez que nasce livre e inocente e a inversão de tal presunção deve estar pautada em um sistema que garanta a quebra de tal estado natural somente diante da certeza da culpa.<sup>43</sup>

O Princípio da Presunção de Inocência é direito fundamental, devendo ser compreendido em sua dimensão subjetiva e objetiva. Como direito subjetivo, garante uma

---

<sup>40</sup> NUCCI, Souza Guilherme de. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42; 56-57.

<sup>41</sup>NUCCI, Souza Guilherme de. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p .239.

<sup>42</sup> NUCCI, Souza Guilherme de. **Princípios ...** p. 239.

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza de. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2014, p. 64.

posição de vantagem ou ativa em relação ao Estado e impede ou limita as atuações deste. Do ponto de vista objetivo, estabelece critérios de atuação estatal para a construção de um arcabouço normativo, organizacional e procedimental destinado à maior efetivação do direito fundamental.

A presunção de inocência, em que pese seja, numa visão liberal, primordialmente, proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do estado, deve ser compreendida também como uma garantia da coletividade.

Zanoide de Moraes esclarece que:

Para o bem da evolução da ciência processual penal, não se pode mais aceitar o maniqueísmo de que no processo penal ou se protege o imputado ou se promove uma política repressiva estatal legítima e eficiente. Há de haver uma compatibilização e uma coexistência equilibrada desses interesses.

(...)

Dá-se o primeiro passo para se compreender que o processo penal não pode mais ser pensado como um instrumento a serviço do direito de liberdade do cidadão “ou” do direito punitivo do Estado. Com isso, também se superará aquela pergunta que atormenta a muitos: qual interesse deve prevalecer no processo penal, o estatal ou o individual?<sup>44</sup>

Na esteira dos ensinamentos de Ferajjoli, o Princípio da Presunção de Inocência integra uma forma maior, o da Submissão à Jurisdição, cuja primeira enunciação legal se encontra na Magna Charta Inglesa de 1215, mais precisamente em seu artigo 39: “*Nullus liber homo capiatur vel impresoneatur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruatur nec super eum inimus nec super eum mittemus nisi per legale indicium parium sourum vel per legem terrae*”. Nesta clássica formulação, tal princípio, exprime, de certo modo explícito, três garantias: a) o habeas corpus, imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal, verdade meio de combate e prevenção à intervenção autoridade na esfera de direitos do cidadão;

---

<sup>44</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op cit. p. 229-241.

b) a reserva de jurisdição, a investigação e a repressão de delitos somente podem ser confiadas a um juízo legal, imparcial e independente; c) a presunção de inocência, por força da qual sem 'juízo legal' e uma conclusão nenhum homem pode ser tratado ou punido como um culpado.<sup>45</sup>

Continua o autor dizendo que o princípio representa valores de civilidade em favor da tutela da imunidade dos inocentes, pois os direitos dos cidadãos são ameaçados não somente pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias.

O Ministro Gilmar Mendes, anteriormente ao julgamento do HC 126.292/SP, quando alterou seu posicionamento, defendeu que a garantia de presunção de não culpabilidade no direito brasileiro, é entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.<sup>46</sup>

Defendendo se tratar o estado de inocência uma ordem natural, Tourinho Filho, preleciona que sua definição é anterior a normatização sendo um fundamento da sociedade, um estado natural de inocência inerente a todos os indivíduos, tendo sentido valorativo consubstanciado na ética de cada cidadão componente de uma sociedade livre. Contudo, não se deve levar ao cabo a literalidade do termo quando se trata de responsabilização penal, quando há limitação a tal liberdade inerente de um estado democrático, sendo que não se pode submeter a alguém o esteio da culpa, de modo antecipado, ou seja sem o devido processo legal.<sup>47</sup>

Por sua vez, Norberto Avena, ensina:

Também chamado de princípio do estado de inocência e de princípio da não culpabilidade ou estado de inocência, trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 496

<sup>46</sup> MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. pag. 741.

<sup>47</sup> TOURINO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88-89.

alicerces do Estado de Direito. Visando, primordialmente, à tutela da liberdade pessoal, decorre da regra inscrita no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, preconizando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.<sup>48</sup>

Aury Lopes Júnior elucida que o Princípio da Presunção da Inocência encerra a qualidade de um sistema processual, qual seja o acusatório, sendo regente tal princípio do processo penal, que deve estar pautado no contraditório que permite a influência no convencimento do juiz, figura que deve quedar-se inerte, em estado de alheamento. Assim se consubstancia naquilo que serve de arcabouço ao método adotado no que tange ao procedimento que apura o esteio da culpa. Portanto o Estado deve aguardar que os fatos se apresentem por meio de provas, não usando da máquina pública a fim de imputar a culpa a alguém. O douto doutrinador, faz referência a Vegas Torres trazendo três desdobramentos do Postulado, que compõe uma unicidade, na medida que se integram: a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal; b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual); c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada. Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup>AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2014, p. 65.

<sup>49</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 59-60.



Traduzido como regra de tratamento que incide nas diversas etapas do processo penal, Pacelli, ensina que estado de inocência veda a antecipação do resultado final do processo, evidentemente, aquele que imponha ao réu a segregação da liberdade, estando ligado à tutela da efetividade jurisdicional ou da própria realização da jurisdição.<sup>50</sup>

Odoné Saguiné, em sua monografia de mestrado, tratou acerca da constrição cautelar e o princípio universal da presunção de inocência. É possível notar que o doutrinador atribui um valor ideológico, de cunho político ao princípio, afirmando constituir o postulado uma garantia que deve guiar o legislador ordinário quando da edição das normas relativas ao procedimento criminal. No que tange à função processualística, fica evidenciada a não admissão de que o instituto da culpa seja imputada a um cidadão com base em “probabilidades”. É assim dizer garantia que deve reger todo o processo criminal, desde a sua instauração e permanecer vigente durante o seu desenrolar até que por todos os meios materiais e procesuais seja constatada a responsabilidade criminal:

La llamada presunción de inocência no es una auténtica presunción, em sentido técnico –procesal, por cuando no pueden encontrarse em ella los elementos que forman la estructura de las presunciones, sino una garantía procesal, um verdadeiro principio que debe conformar toda la regulación del proceso por el legislador ordinário.<sup>51</sup>

(...)

La presunción de inocencia (tanto si la consideramos como una presunción de hecho o de derecho) no está fundada sobre um probabilidade empírica. La culpabilidad de la persona acusada es dudosa. El derecho no acepta que uma persona sometida a uma acusación sea probablemente culpable por el hecho de que los actos de la instrucción criminal indiquen que ella así lo sea.

(...)

El relación com el momento a partir del que tendría virtualidade la presunción de inocência em el proceso penal, comparto la opinión de Huertas Martín de que la

---

<sup>50</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48.

<sup>51</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prision Provisional y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 430.

persunción de inocência debe regir desde la incoación del procedimiento, donde com frecuencia se adoptan medidas cautelares, y a lo largo y ancho de todo su desarrollo <sup>52</sup>

Portanto diante do posicionamento exarado pelo doutrinador, a presunção de inocência tem caráter político na medida que determina a atividade legiferante e procedimental sendo consectário de toda a persecução penal que efetivada pelos meios materiais e instrumentais determina ao seu fim, somente ao se chegar neste marco, esgotamento de todo o procedimento que poderá ser apurada a Imputabilidade de u, indivíduo.

Assim, pode-se enter que se trata o estado de inocência um princípio fundamental de civilidade representando uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado, inadmissível, pois, admitir uma postura de esvaziamento do princípio ao longo da persecução penal, sendo que segundo o já exposto, ele não admite estágios ou semi-aplicações. Ferrajoli utilizando o ensinamento de Lauzé, dispõe em sua obra: *“basta que ao corpo social que os culpados sejam geralmente culpados, pois é sua maioria interesse que todos os inocentes sejam protegidos”*. <sup>53</sup>

Por assim dizer, é norma cogente direcionada a atividade legiferante e jurisdicional, contendo função e finalidade.<sup>54</sup>

A finalidade de guiar a *persecutio criminis* para que não se transforme em atividade autoritária e marcada pela desigualdade, características típicas de regimes despóticos. O processo deve ser humanitário e justo, punindo os culpados e absolvendo os inocentes, o que pode ocorrer até o atingimento da última instância de justiça. <sup>55</sup>

Tem por função servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme

---

<sup>52</sup> SANGUINÉ, Odone. Op. Cit. p. 431.

<sup>53</sup> P.I. Luazé di Perete, Trattato della garanzia individuale, in Ferrajoli. Op. Cit. p 506.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 494-499.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 494-499.

determinado pela Constituição Federal, pautando o modo de administrar e construir um sistema processual penal onde já no estágio inicial da persecução, o indício seja considerado conforme seu estado natural de inocência e assim permanecendo até o advento de uma decisão em definitivo.<sup>56</sup>

Sua ampla extensão e incidência faz com que se relacione com cada ponto do sistema, porém é como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo que tem mais emprego na prática forense.<sup>57</sup>

Diante de todo o exposto pode-se extrair a compreensão, em apertada síntese, de que o estado de inocência representa uma verdadeira intersecção de garantias: igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e Estado de Direito, sendo nato ao indivíduo desde o seu nascimento. Esse conteúdo ideológico-político, no campo do direito e do processo penal, deve guiar a formação e aplicação de todos os atos da persecução penal, desde o primeiro ato persecutório até a sua conclusão definitiva e, ainda, mesmo após a conclusão exauriente material e processual.

## **2.4 PRINCIPAIS PONTOS DE INCIDÊNCIA NA PRÁTICA FORENSE**

A ampla extensão e abrangência faz com que o Princípio da Presunção de Inocência se relacione, direta ou indiretamente, com cada campo do sistema criminal, porém no âmbito do processo penal, o seu emprego assume caráter de regras, a serem observadas no decorrer do procedimento, direcionadas a todos aqueles que compõe ou se relacionam à determinada relação processual.

Assim, ultrapassada a exploração das características que compõe o princípio do estado de inocência, passa-se a sua espreitar a sua repercussão em caráter procedimental.

---

<sup>56</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 494-499.

<sup>57</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 447-453.

Regra de tratamento do acusado, pela qual deve ser tratado no curso do processo judicial penal, como se inocente fosse, não se admitindo a prática de atos restritivos de seus direitos fundamentais, dentre eles, aqueles que venham a antecipar uma futura pena por que venha a ser condenado; enquanto regra de juízo, constitui limitação à decretação da prisão preventiva:

Em todo caso, en su función de regla de tratamiento, la presunción de inocencia comporta la prohibición de que las medidas cautelares y, em especial, la prisión preventiva, sean utilizadas como castigos. (...) el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe em hechos de carácter delictivo. Em cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino em supuestos donde la pretensión acusatoria tiene um fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidade; pus, de lo contrario, vendría a garantizarse, nada menos que a costa de la libertad um proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse<sup>58</sup>.

Enquanto regra probatória, consagra também a característica do sistema acusatório, onde o ônus da prova cabe à acusação, não sendo incumbência do acusado comprovar a sua inocência.

#### **2.4.1 Regra de Tratamento**

Nesta dimensão tem-se em conta a vulnerabilidade do indivíduo mediante o poder punitivo estatal, o cidadão não pode ser reduzido a mero objeto da persecução penal.

Na cultura Civil Law, a forma mais tradicional de se compreender a presunção de inocência é considerá-la como garantia de que o cidadão será tratado como inocente até eventual decisão condenatória e seu respectivo trânsito em julgado. Veda assim a imposição de pena de modo antecipado, sem a conclusão do processo, não admite que

---

<sup>58</sup> SANGUINÉ, Odone. Op. Cit. p. 433-434.

antes do encerramento de um julgamento seja usurpada a liberdade do indivíduo<sup>59</sup>.

Impõe também o caráter excepcional da prisão cautelar, como medida a ser tomada anteriormente a conclusão da apreciação das provas e garantias recursais. Confirmando assim o caráter excepcional das prisões cautelares.<sup>60</sup>

Aury Lopes Júnior, remete ainda a dimensão exterior ao processo criminal, relativamente à exploração dos veículos de comunicação entorno da imagem do réu. Ressalta a importância da efetivação deste princípio a fim de evitar a estigmatização do réu e assim do próprio procedimento criminal. Em relação ao acusado busca proteger direitos e garantias fundamentais da imagem, dignidade e privacidade. Em relação ao procedimento, evitar que se crie um espetáculo midiático ao redor do judiciário. A violação da garantia de ser considerado inocente impede que por propósitos escusos abuse da imagem do acusado.<sup>61</sup>

Assim como dever de tratamento impõe limitação à execução antecipada de pena, pois não se pode despende a o inocente medidas aplicáveis ao culpado. Impondo dever de abstenção de violação aos direitos fundamentais do réu, sem processo concluído não pode haver prisão, tampouco exploração da imagem do réu penal.

#### **2.4.2 Regra de Juízo**

Também nominada como garantia de jurisdicionalidade ou reserva de jurisdição em matéria penal. A sanção punitiva somente poderá ser imposta após o julgamento segundo o devido processo legal realizado por um órgão judiciário regularmente instituído. Assim, crime algum poderá ser considerado praticado sujeitando alguém à pena antes de um julgamento regular, a jurisdição é a atividade necessária para que se possa obter a prova da culpabilidade.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> MORAES, Maurício Zanóide de. Op. Cit. p. 534.

<sup>60</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e...** p. 64.

<sup>61</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Op. Cit. p. 60.

<sup>62</sup> GOMES FILHO, Ricardo Magalhães. Op. Cit. p. 323.

A atividade probatória deve anteceder a análise do juiz acerca da autoria delitiva, assim somente se procedera análise se houver prova posta nos autos, do contrário ali encerra-se a cognição, sendo devida em favor do réu decisão absolutória. De outra banda também está afeta a questão ao teor probatório produzido, meras convicções não sujeitam o réu à pena, devendo no caso de a acusação não se desincumbir de comprovar o fato extirpe de dúvidas, proceder a absolvição do réu, em qualquer das hipóteses do art. 386, do CPP.<sup>63</sup>

Em suma em seu desdobramento como regra de juízo, diz respeito ao devido procedimento, as regras regentes processuais que devem vigorar em um estado democrático em que vige a presunção de inocência. Atinente ao devido processo legal na esfera penal, também constiu limitação à atividade judiciaria já que estabelece as regras a serem observadas e os limites às atividades dotadas de maior discricionariedade judicial.

### 2.4.3 Regra probatória

A regra probatória diz respeito ao quem deve provar, o que deve ser provado e quais os meios possíveis para esta prática probatória. O ônus da prova cabe ao órgão de acusação, ela deve produzir todas as provas materiais de modo a provar a existencia de um delito e que o réu não é inocente, ao acusado não cabe provar sua inocência, bem como é lhe assegurado o direito de não produzir provas contra si. Assim a prova do delito e da autoria cabe integralmente à acusação.

---

<sup>63</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) VII – não existir prova suficiente para a condenação. BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 11.05.2019.

Nucci, nesse sentido, muito bem contribui:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.<sup>64</sup>

Tal regra também deiz respeito aa tividade probatório, a acusacao no desempenhar de sua atribuição deve observar o princípios e regras que regulam tal operação , bem como deve sreceaire limitar ao objeto do processo, ou seja o delito específico apurado na *persecutio criminis*.

Zanoide se posiciona nesse sentido, pois estabelece dois desdobramentos na garantia da regra probatória. O primeiro diz respeito que somente a prova constante em procedimento criminal determinado, produzida de forma e com conteúdo incriminador, ou seja aquela extreme de dúvidas poderá afastar o estado de inocência.<sup>65</sup>

### **03. As variantes jurisprudências da Suprema Corte de Justiça sobre a Garantia Fundamental da Presunção de Inocência.**

A oscilação do Supremo Tribunal Federal relativamente ao preceito constitucional do estado de inocência, oscilou na intercorrência de 25 anos , mais precisamente ocorreu uma guinada no entendimento por três ocasiões, pelo tribunal pleno, 1991, 2009 e 2016. Contudo tal lapso temporal foi marcado por decisões que afrontavam o entendimento firmado pelas correntes majoritárias.

---

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual...** p. 64.

<sup>65</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 581.

A modificação da jurisprudência é considerada como consequência necessária da própria evolução do direito de modo a evitar seu engessamento ou ocorre pela mudança de composição do órgão. Outras vezes, a virada na jurisprudência é resultado da revisão da posição individual de alguns ministros, mesmo sem ter havido modificação substancial na composição do tribunal.<sup>66</sup>

O repositório jurisprudencial do STF é rico em exemplos de alterações bruscas e repentinas em sua jurisprudência dominante. Houve situações em que o STF, desde o advento da Constituição Federal mais de uma vez mudou radicalmente sua compreensão sobre a interpretação e o alcance de uma mesma cláusula constitucional. Em outros casos, ele abandonou entendimentos pouco tempo depois de tê-los firmado.

Como o ponto de convergência do presente ensaio se debruça na efetiva consideração da cláusula pétrea prevista no art. 5º, LVIII, da CF pelo Pretório Excelso. O estabelecimento de uma linha relativa a tais modificações será restrita ao preceito por ora trabalhado.

Em 1991, já sob o império da CRFB, o tema foi submetido à deliberação do tribunal pleno da Suprema Corte de Justiça, nos autos do julgamento do HC 68.726/DF<sup>67</sup> restou fixado o entendimento de que o Art. 5º, LVIII da CF não constituiria óbice à ordem de prisão

---

<sup>66</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência:** Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p135](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135)>. Acesso em 15 de abril de 2019.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726, Relator: Min .NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal PLENO, julgado em 28/06/1991, DJ 20/11/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>, p. 1-7. Acesso em 24 de maio de 2019.



decorrente de custódia preventiva, sentença de pronúncia<sup>68</sup> e decisão do órgão julgador de segundo grau<sup>69</sup>.

Em suma as razões da *decisium* pautaram-se na argumentação de que tais modalidades de constrição da liberdade possuem caráter processual e atinentes à garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta. Assim após apurada a responsabilidade criminal do acusado, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa de modo a estar devidamente caracterizado o devido processo legal, não afronta a constituição a privação da liberdade do acusado. Ainda os recursos direcionados aos tribunais superiores possuem efeito devolutivo, não possuindo efeito suspensivo e assim não constituem impeditivo à execução da decisão que determina o cumprimento da ordem de prisão.

Impende destacar o argumento lançado ao voto de que em verdade aguardar o trânsito em julgado para execução de sentença penal condenatória se daria em decorrência da inapropriedade do princípio da presunção de inocência. Tal princípio não estaria direcionado a colocar o réu em uma posição de intangibilidade. Nesse interim mais adequada a terminologia não culpabilidade sob a ótica estritamente processualística, pois já consolidado o juízo condenatório por decisão do colegiado. Portanto o decreto prisional restaria totalmente compatível com a Constituição Federal<sup>70</sup>, antes mesmo do esgotamento dos mecanismos processuais cabíveis a afastar os

---

<sup>68</sup> O Art. 585 do CPP que dispôs que “ O réu não poderá recorrer da pronúncia senão depois de preso, salvo se prestar fiança, nos casos em que a lei a admitir.” Foi tacitamente revogado de modo que as prisões admitidas no Brasil são respectivamente: Prisão em Flagrante, Prisão preventiva e Prisão Temporária. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 101244/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 16.3.2010. Disponível em <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo579.htm#Pris%C3%A3o%20decorrente%20de%20Pron%C3%Bancia%20e%20Art.%20585%20do%20CPC>> Acesso em 25 de maio de 2019.

<sup>69</sup> A votação contou com a participação de 8 dos 11 ministros da Corte. Não participaram deste julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, os quais, possivelmente, divergiriam da maioria, o que conduziria a um julgamento não unânime, mas, ainda assim, por uma maioria expressiva de 9 votos a 2. ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p.10.

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 68726, Relator: Min .NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal PLENO, julgado em 28/06/1991, DJ 20/11/1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>, p. 1-7. Acesso em 24 de

efeitos da condenação e colocar o acusado em liberdade ou mesmo promover a sua absolvição.

Tal entendimento foi reiterado pelas duas turmas do Tribunal de Sobreposição. Gradualmente a composição plenária restou significativamente alterada. E, nesse contexto, o STF promoveu a primeira mutação constitucional quanto ao alcance da presunção de inocência, assentando, na oportunidade do julgamento do HC 84.078-7, interpretação oposta ao entendimento anteriormente fixado.

Contudo, vale frisar que, antes mesmo do julgamento plenário do HC 84.078-7, ambas as turmas do STF proferiram acórdãos adotando o entendimento da proibição da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, insurgindo-se contra a tese fixada pelo Pleno no HC 68.726, que ainda estava formalmente em vigor.<sup>71</sup>

À exemplo o HC 94044/ SP <sup>72</sup>, o relator Ministro Celso de Mello concedeu a ordem, acompanhado de modo unânime pela segunda turma, de soltura de réu que respondeu o processo em liberdade. Nas razões da decisão ficou explicitado que a condenação penal ainda recorrível não constitui permissão à decretação de prisão eis que deve-se respeitar a presunção constitucional de inocência

---

maio de 2019.

<sup>71</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.

<sup>72</sup> “HABEAS CORPUS” – CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL – SUBSISTÊNCIA, MESMO ASSIM, DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – RÉU QUE PERMANECEU SOLTO NO CURSO DO PROCESSO – RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR – NECESSIDADE, CONTUDO, PARA TANTO, DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DA IMPRESCINDIBILIDADE DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. - A condenação penal ainda recorrível não se revela apta, só por si, considerada a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), para autorizar a decretação da medida extraordinária da prisão cautelar, notadamente se o réu, além de haver permanecido solto durante o procedimento penal, conduziu-se de modo compatível com o princípio da lealdade processual. Doutrina. Precedentes. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%27%27PRESUN%C7%C3O+DE+INOC%CANCIA%27%27%29%28%40JULG+%3E%3D+19910101%29%28%40JULG+%3C%3D+20090101%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3noogql>> Acesso em 25 de maio de 2019.

A primeira turma, nesse mesmo sentido, confrontou os parâmetros adotados, e proferiu decisão determinando a soltura de réu que teve a prisão determinada em decorrência de sentença penal ainda recorrível. Esclareceu, o Ministro Ricardo Lewandowski, então relator, que não presentes dos fundamentos da prisão cautelar, a prisão calcada em decisão de apelação ofendo o preceito constitucional do estado de inocência.<sup>73</sup>

O HC 84.078/MG<sup>74</sup>, julgado em 05/02/2009, constitui o caso paradigma para mudança de posicionamento. Em sessão do pleno, sob a relatoria do Ministro Eros Grau,

---

<sup>73</sup> PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARTS. 214, CAPUT, E 224, A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. ATENTADO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - Existe constrangimento ilegal, a ser reparado pela via do habeas corpus, quando a decisão do Tribunal de Justiça, em apelação, determina a expedição de mandado de prisão, independente do trânsito em julgado da condenação, sem, contudo, explicitar os pressupostos justificadores da segregação cautelar. II - A afronta à jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal permite a superação do teor da Súmula 691 desta Suprema Corte. III - Ordem concedida. BRASIL, Supremo Tribunal Federal HC 91468 / SP. Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 11/03/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%27%27PRESUN%C7%C3O+DE+INOC%CANCIA%27%27%29%28%40JULG+%3E%3D+19910101%29%28%40JULG+%3C%3D+20090101%29&pagina=5&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3noogql>> Acesso em 25 de maio de 2019.

<sup>74</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio

por 7 votos a 4, foi suplantada a jurisprudência autorizativa de antecipação do cumprimento de sentença penal condenatória ainda recorrível nos tribunais de sobreposição. A Corte asseverou que a execução da sentença penal condenatória, na pendência de recursos excepcionais, é incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Restou assim assentada a vedação de antecipação do cumprimento de pena enquanto ainda não concluídos os julgamentos de recurso extraordinário e especial. Naquela sessão foi deliberado que somente seria possível a custódia de natureza cautelar, cuja decretação deveria estar devidamente pautada em elementos concretos

---

delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.HC 84078/MG, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84078%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8pttz4>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

que a fundamentassem, ou seja, os requisitos elencados no art. 312 do CPP. Ficou bem assim esclarecida a distinção entre a antecipação de pena e a prisão de natureza cautelar que possui seus próprios e jurídicos fundamentos.

Os votos vencidos foram proferidos pelos ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. O ministro Gilmar Mendes, então presidente da Corte, acompanhou a maioria.

Diante disso em 2011 pela Lei nº 12.403, foi redigido o Art. 283<sup>75</sup> do CPP justamente para se adaptar ao entendimento do Supremo sobre o inciso LVII do Art. 5º da CF, transcorridos alguns anos o conteúdo normativo do Artigo 283 do CPP ensejaria a propositura de ADCs contra nova mudança de paradigma operada pelo Órgão Pretoriano<sup>76</sup>.

Decorridos cerca de sete anos da adoção de nova concepção, o Pleno do STF dispôs a reapreciar a controvérsia concernente à possibilidade do início de execução de pena fixada em sentença condenatória, após o esgotamento das instâncias ordinárias e ainda pendente a apreciação de recurso de natureza excepcional.

Ao julgar o HC 126.292<sup>77</sup>, em 17/2/2016, com a composição majoritária modificada, o STF promoveu nova mutação constitucional, restabelecendo a interpretação delineada no HC 68.726.

---

<sup>75</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). . BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 6 de maio de 2019.

<sup>76</sup> CANÁRIO, Pedro. Supremo Publica Acórdão da Cautelar nas ADCs Sobre Execução Provisória de Pena, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/stf-publica-acordao-cautelar-adcs-prisao-antecipada>> Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>77</sup> Ementa: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o acórdão embargado, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.” 2. De acordo com o estatuído no artigo 619 do CPP, os embargos

A Corte proclamou a tese de que não há comprometimento ao princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no Art. 5º, LVII da CF/88, a execução provisória do acórdão penal condenatório, proferido em sede de julgamento de recurso de apelação.

O Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), insurgindo-se contra tal entendimento, promoveram as ADCs: 43<sup>78</sup> e 44, julgadas conjuntamente. Em liminar pleiteraram a suspensão da execução de pena antecipada de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. O Relator Ministro Marco Aurélio restou vencido na discussão que findou em outubro de 2016, o posicionamento vencedor foi o do Ministro Edson Fachin. Em suma, foi negado o pedido cautelar<sup>79</sup> sob os fundamentos lançados pelo Ministro Edson Fachin de que "não

---

de declaração são cabíveis nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não se verifica a existência de quaisquer desses vícios. 3. Embargos de declaração rejeitados. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 126292 /SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016. Disponível em: <  
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2E+NUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/mlh37hv>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>79</sup> Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal". 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores,



há antinomia" entre lei que só autoriza execução da pena de prisão depois do trânsito em julgado e o entendimento do Supremo que a autorizou a prisão depois da decisão de segunda instância. Ficaram vencidos, além como já mencionado, Marco Aurélio, os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli. Venceram os ministros Fachin, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.<sup>80</sup>

Impende destacar a inovação elencada pelo Ministro Dias Tofolis em seu voto na cautelar das ADCs 43 e 44 <sup>81</sup>. O componente do Plenário aduziu a perfeita

---

uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 43 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator para o Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, DJe- 07-03-2018. Disponível em : <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+44%2EENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+44%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hska9sj>> Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>80</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. STF admite execução de pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>81</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 43 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator para o Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, DJe- 07-03-2018. Disponível em :<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+44%2EENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+44%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hska9sj>> p. 162-170. Acesso em 26 de maio de 2019.

compatibilidade do Art. 283 do CPP com o teor do princípio disposto no Art. 5º, LVII, da CF, a excepcionalidade da prisão antes do trânsito em julgado restaria evidente da leitura de tais dispositivos. A exceção à regra da liberdade está também prevista em específico aparato legal, frisa-se que tal constrição de caráter excepcionalíssimo possui motivação e natureza diversa da antecipação da pena. Importaria assim violação ao preceito constitucional a prematura imposição de penalização antes mesmo do exaurimento do legítimo exercício do direito à interposição de recursos cabíveis. Somente um juízo de certeza poderá afastar o *status* de inocência, tal juízo tornar-se indubitável quando a cognição debruçada nos fatos conclui pela autoria e materialidade do delito, associada à análise dos aparatos legais que apuram a tipicidade, antijuricidade da conduta, culpabilidade do agente.<sup>82</sup>

Assim a certeza da culpa só poderia ser compatibilizada com a conjugação da análise fática com aquela que diz respeito ao procedimento em si e os mecanismos que ele dispõe ao acusado, ou seja, meio pelo qual poderá impugnar, corrigir ou até mesmo afastar decisões judiciais.

Diante do exposto, Dias Toffoli, compreendeu ser a Corte Superior de Justiça, instância adequada a proporcionar uma verdade constitucionalmente válida, já que apta a corrigir as injustiças cometidas pelas diferentes decisões tomadas pelos Tribunais de Segundo Grau, dada a missão de uniformização da jurisprudência do Tribunal Extraordinário.

Para o Ministro Dias Toffoli, o STJ, embora só discuta questões de direito, ainda tem o papel de corrigir ilegalidades — pode rever a dosimetria da pena e relaxar o regime de prisão, por exemplo. Já o Supremo não discute mais questões do caso concreto e nem questões das partes em litígio. Como o processo precisa ter repercussão geral e discutir questão constitucional, as discussões deixam de ser subjetivas para ser objetivas.

Reputou assim viável o estabelecimento do trânsito em julgado com o julgamento do recurso especial, promovendo uma alteração do marco do trânsito em julgado. O

---

<sup>82</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.



entendimento em vigor pela maioria da Corte estabelece como trânsito em definitivo o esgotamento das discussões sobre prova de materialidade do crime e autoria.<sup>83</sup>

O pedido nas ADCs, no mérito, encontra-se oendende de julgamento e diz respeito ao reconhecimento da constitucionalidade do artigo 283 do CPP, revogando assim o pronunciamento do Plenário de fevereiro de 2016.

No ano corrente, em 10/11/2016, o STF no Plenário Virtual, por maioria de 6 votos a 4, no ARE 964.246<sup>84</sup> com repercussão geral reconhecida, reafirmou a tese cunhada no HC 126.292, a fim de que ela fosse obrigatoriamente replicada pelos juízes e tribunais em todos os processos judiciais em curso no País. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestou a Ministra Rosa Weber.<sup>85</sup>

Muito embora a repersusão geral atribuída à temática, porteriormente ao último julgamento proferido acerca da tese, o próprio tribunal passou a insurgir-se sobre o ponto convergente. Foram proferidas diversas decisões monocráticas que colidiram frontalmente com o entendimento estabelecido.

---

<sup>83</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.

<sup>84</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tema 925 - Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4966379&numeroProcesso=964246&classeProcesso=ARE&numeroTema=925>> Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>85</sup> O ministro Dias Toffoli mudou parcialmente seu entendimento, para admitir a execução provisória apenas após o julgamento do recurso especial pelo STJ e a ministra Rosa Weber – que havia votado pela manutenção do entendimento anterior assentado no HC 84.078 – não se manifestou no prazo regimental, razão pela qual o resultado do julgamento foi de 6 votos a 4, e não de 7 votos a 4, como ocorreu no HC 126.292, julgado pelo plenário meses antes.

O ministro Marco Aurélio concedeu, monocraticamente, diversas liminares em habeas corpus contrariando o entendimento formado.<sup>86</sup> No HC 138.337<sup>87</sup>, em 16/11/2016, deferiu medida liminar para suspender a execução da pena de paciente já condenado em segunda instância. Em sua fundamentação efetuou críticas ao posicionamento adotado pelo Pleno do Tribunal de modo a embasar a sua necessária resitência em favor da democracia. Ainda referiu que as decisões tomadas não tem força vinculante, que tais decisões não pode configurar impedimento ao acesso ao Judiciário para afastar lesão ou ameaça ao direito, bem como esplanou acerca do dever de observar e guarnecer a função primordial do Tribunal Guardiã da Cosntituição<sup>88</sup>.

À revelia do entendimento do Plenário, o Ministro Ricardo Lewandowski, também rebelou-se em favor da defesa da Constituição Federal Brasileira.<sup>89</sup> Tecendo duras

---

<sup>86</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.

<sup>87</sup> PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. HABEAS CORPUS – LIMINAR – DEFERIMENTO. HABEAS CORPUS – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Medida Cautelar no Habeas Corpus 138.337/ SP, Relator: Mini. Marco Aurélio, julado em 16/11/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>88</sup> CANÁRIO, Pedro. Decisão sobre “execução provisória da pena” não é vinculante. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-24/decisao-execucao-provisoria-nao-vinculante-marco-aurelio>> Acesso em 26 de maio de 2019.

<sup>89</sup> No seu voto o Ministro esclarece bem o preceito mandamental elencando à Carta Maior bem como da incumbencia do STF em obervar aquilo que bem expresso está n Constituição: A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Logo, o texto constitucional é expresso em afirmar que apenas depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória alguém poderá ser considerado culpado. Trata-se do princípio, hoje universal, da presunção de inocência das pessoas. Como se sabe, a nossa Constituição não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Constituição da República possui força normativa 4 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 4DAD-A15F-2C91-6057 e senha 3685-99FA-DE88-DE81 HC 162943 / RJ suficiente, de modo que os seus preceitos, notadamente aqueles que garantem aos cidadãos direitos individuais e coletivos, previstos no seu art. 5º, sejam obrigatoriamente observados, ainda que os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais. Isso porque não

críticas ao entendimento consolidado, expressou que além de constituir retrocesso de direito fundamental. A decisão majoritária em favor da antecipação da privação da liberdade viola também o duplo grau de jurisdição de modo que permite a imediata ordem de prisão do acórdão de apelação, sem qualquer fundamentação idônea para emanação de tal determinação. E também desconsidera a possibilidade de oposição de embargos de declaração e até infringentes.<sup>90</sup>

O conteúdo da garantia fundamental é taxativa, permitindo eventual flexibilização em situações de cautelaridade e de maneira fundamentada. O comando inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, além de ser claríssimo, à toda a evidência, não permite uma inflexão jurisprudencial de maneira a dar-lhe uma interpretação *in malam partem*.

O ministro Celso de Mello, nessa mesma esteira, deferiu pedidos cautelares nos HC 147.452-MC/MG; HC 147.469- MC/SP; e RHC 129.663-ED-AgR/RS para suspender a execução provisória da pena. O Decano explana que as decisões emanadas em segundo grau determinando o imediato cumprimento de penal limitam-se a simplesmente mencionar, sem qualquer fundamentação idônea, os precedentes do Supremo. Tais ordens constritivas ocorrem sem que ainda tenha sido esgotada a jurisdição ordinária, pois pendentes de julgamento embargos de declaração ou embargos infringentes e de nulidade do julgado. Ainda, determinam a imediata e antecipada efetivação executória de seu julgado com transgressão ao postulado que veda a *reformatio in pejus*, eis que a ordem de prisão é dada em recursos interpostos unicamente pelo réu condenado a quem se garantira, anteriormente, sem qualquer impugnação do Ministério Público, o direito de

---

se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela. Ora, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal inúmeras e relevantíssimas atribuições, dentre as quais a mais importante é a guarda da própria Constituição (art. 102). BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 162943 / RJ. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02/08/2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC162943.decisao.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2019

<sup>90</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.

aguardar em liberdade a conclusão do processo. Conclui que os acusados tem o direito de aguardar o desfecho do processo em liberdade.<sup>91</sup>

Gilmar Mendes sinalizou que estaria declinado a abraçar a proposta lançada por Dias Toffoli. Em 2017 pestou declarações à imprensa acerca da importância da revisão da temática envolvendo o princípio da presunção de inocência, sinalizando a pretensão de promover nova postura acerca do tema que adotou em 2016, quando proferiu o voto desempate, já que à época ocupava a Presidência do Plenário.<sup>92</sup>

Nas considerações <sup>93</sup> efetuadas a canal de veiculação midiática, justificou que recebeu membros da Defensoria Pública que afirmaram que no STJ é possível dirimir diversas questões atinentes à dosimetria da pena, o que pode inclusive prover uma evolução do regime de cumprimento do apenamento.

Neste mesmo recorte de tempo, Gilmar Mendes proferiu voto no HC 142.173/SP, ventilando essa possível mudança de posição. Posteriormente passou a conceder liminares em *habeas corpus* adotando como fundamentação o entendimento de Dias Toffoli, e assim deteminando a suspensão de execução provisória de pena de condenados em segunda instância.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 162943 / RJ. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02/08/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC162943.decisao.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2019

<sup>92</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. Op. Cit. p. 1-22.

<sup>93</sup> Eis as declarações ofertadas pelo Ministro Gilmar Mendes: "Recebi integrantes da associação de defensores públicos e vieram com o argumento de que no STJ colhem bons resultados em recurso especial e conseguem revisitar questões como a dosimetria", disse a jornalistas. "Muitas vezes o sujeito foi condenado em regime fechado e consegue ir para o semiaberto, ou coisas do tipo. Toffoli trouxe argumentação e estamos fazendo essa análise. Me balançaria a eventualmente, na oportunidade, colocar isso no Plenário". TEIXEIRA, Matheus. Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena, 26.05.2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>94</sup> ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: entre a autovinculação e a revogação de precedentes. *Revista de informação legislativa*: RIL,

Em abril de 2018, no caso emblemático cujo o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva é parte ré<sup>95</sup>, Gilmar Mendes repisou a postura empregada nas inovações trazidas em votos liminares antes proferidos. Sustentou que aguardar o julgamento de recursos intepostos junto ao STF proporcionado um marco de maior segurança jurídica. Também frisou que a imposição de pena em sede de Segundo grau trata-se de uma possibilidade, cabível em caráter cautelar em face da garantia da ordem pública e da execução da lei penal. Gizou que a posição sustentada por ele sempre foi acerca da faculdade conferida em grau de apelação. Contudo as cortes inferiores vem de modo automático expedindo a ordem de privação da liberdade a todas as situações.<sup>96</sup>

Neste julgado a Ministra Rosa Weber reconheceu que a execução antecipada pode ser inconstitucional, mas, alegando respeito ao posicionamento do colegiado, votou de acordo com a corrente majoritária.<sup>97</sup>

Embora constituam três o número de julgamos paradigmáticos, o tema relacionado à presunção de inocência e seu aplicabilidade ao procedimento penal é objeto de intenso debate entre os componentes da Corte Suprema. Veja-se que alguns membros do colegiado recusam em seguir a corrente que entendeu pela possibilidade de imposição da cumprimento de pena ao acusado que ainda pode fazer manejo de uma serie de recursos aptos a colocá-lo em liberdade.

---

jan./mar. 2018. p. 135-156. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p135](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135)>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>95</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas COpus 152.752/ PR. Relator Mnistro Edson Fachin, julgado em 04/04/2018. Disponível em : < ROVER, Tadeu. Partido usa voto de mnistro no caso Lula para pedir nova limina em ADC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/partido-usa-voto-ministros-lula-pedir-liminar-adc>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>96</sup> ROVER, Tadeu. Partido usa voto de mnistro no caso Lula para pedir nova limina em ADC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/partido-usa-voto-ministros-lula-pedir-liminar-adc>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>97</sup> ROVER, Tadeu. Partido usa voto de mnistro no caso Lula para pedir nova limina em ADC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/partido-usa-voto-ministros-lula-pedir-liminar-adc>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

Uma nova acepção ao tema pode estar na iminência de ocorrer. O julgamento de mérito pendente desde o ano de 2016 das ADCs 43, 44, bem como da ADC 54<sup>98</sup> protocolizada em 18.04.2018, estava previsto para o dia 04 de abril do corrente ano. Contudo atendendo ofício da OAB o atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, suspendeu a sessão extraordinária aprazada para a apreciação da controvérsia<sup>99</sup>

Das oscilações decisórias presentes no Tribunal Supremo, percebe-se a posição de fragilidade que o acusado em processo criminal se encontra, já que ora é assegurado ao réu o que está expressamente previsto na Carta Política Brasileira, ora tal Clausula Pétreia é usurpada com base em argumentos que tangenciam o postulado da presunção de inocência. Feito um panorama geral relativamente as posições do Supremo em relação ao conteúdo do Art. 5º, LVII, da CF e considerando que objeto do presente trabalho é efetuar crítica ao atual posicionamento adotado pela Corte Suprema. Passamos a delimitar os argumentos trazidos no HC 84.078/MG que assegurou aos responsabilizados criminalmente a possibilidade de esgotar os meios de direito que possam afastar o enclausuramento, medida que surte danos irreversíveis. Em seguida elencar-se-á os motivos que ensejaram a virada no entedimento e a inaplicabilidade da garantia em caráter integral, dentre as teses argumentativas, está o alegado fenômeno da mutação constitucional.<sup>100</sup>

### 3.1. HC 84.078-7/MG

---

<sup>98</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade- adc 54- Requerente: Partido Comunista do Brasil. Rator: Mnistro Marco Aurélio. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>99</sup> Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/toffoli-retira-pauta-acoas-prisao-instancia>>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>100</sup> O sentido da onstituição interpretada pode mostrar-se inadequado. Nessas circunstâncias, dentro dos limites colocados pelo Constituinte originário, poderão ser observadas alterações tanto do ponto de vista formal como fo informal. A s mutações, por seus turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente preceptíveis mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra anunciada. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015,. p. 168.

O *mandamus* foi concedido pela corrente majoritária composta pelo relator os Ministros Eros Grau e os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, restando vencidos os ministros Menezes Direito, Carmém Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Serão analisados a seguir os principais fundamentos dos votos dos ministros, expondo os argumentos de cada posição.

No voto do Ministro Relator, Eros Grau, se observa três vertentes principais de argumentação, quais sejam, de que ambas as Turmas do STF autorizam a possibilidade de execução de pena restritivas de direitos somente na superveniência do trânsito em julgado, bem como que o art. 164<sup>101</sup> da lei n. 7.210/84 superou o conteúdo normativo do art. 637<sup>102</sup> do Código de Processo Penal, *Lex posterior derogat lex priori*, estando em consonância com a normal constitucional vigente. Ainda refere que a ampla defesa milita em todas as fases do procedimento criminal, inclusive nas recursais de natureza extraordinária.

Assim, a permissiva de antecipação da execução da pena privativa de liberdade anterior ao trânsito em julgado, constituiria negativa à coerência e isomia do mandamento expresso na Constituição Federal. Por assim dizer, a constrição da liberdade anterior à condenação em definitivo, somente é cabível da hipótese de prisões cautelares, motivadas por fundamentos diversos da antecipação de pena. Possível depreender das razões lançadas ao voto que a medida de encarceramento do indivíduo anterior a formação da certeza da culpa, consiste em afronta a direitos fundamentais do acusado, a presunção de inocência, a garantia de aplicação jurisdicional da pena e do devido processo legal.

---

<sup>101</sup> Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. BRASIL, Lei de Excução Penal – LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2019.

<sup>102</sup> Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. BRASIL, Código de Processo Penal. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2019.



Por fim, o Ministro Eros Grau defende que o fato de os tribunais serem inundados de recursos especiais e extraordinários, com a postulação de recursos meramente protelatórios para atingir prescrição, não pode sobrepor-se à garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado.

O Ministro Celso de Mello, expõe que a presunção de inocência não possui caráter progressivo, a medida que permanece regendo o *status libertatis* até ocorrer, efetivamente, o fim do processo. Assim não se admite o esgotamento do princípio a medida que se sucedem os graus de jurisdição. Em prosseguimento discorre que a presunção de inocência se trata de uma garantia substancial, não tolerando qualquer restrição na liberdade enquanto não houver condenação definitiva. Suscita a necessária observância da cláusula constitucional do *due process of law*, como fator de proteção daquele que sofre persecução penal e requisito de legitimação do processo.

Mencionado os efeitos danosos decorrentes da prisão corporal, quais sejam o abalo psíquico do preso, desprestígio familiar, desqualificação profissional e desprestígio social, o Ministro Carlos Britto verifica que a locomoção é a prima-dona dos direitos individuais, tanto que o *habeas corpus* precedeu todos os remédios constitucionais. Observa ainda que a sociedade não restaria desguarnecida face ao prestígio do Princípio, dado o disposto no art. 312<sup>103</sup> do CPP, hipóteses de prisão cautelar devidamente fundamentada.

Nessa mesma linha, o Ministro Cezar Peluso, refere acerca da irreversibilidade da medida constritiva da liberdade, antes de esgotados os meios que possam promover a absolvição em grau de recurso.

Ao entender do Ministro Gilmar Mendes, os postulados da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, restariam todos conjuntamente violados pela execução provisória de pena. A antecipação do cumprimento de pena não

---

<sup>103</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. BRASIL, Código de Processo Penal.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 28 de maio de 2019.



é cabível na concepção constitucional de presunção de inocência, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Caracteriza a constrição antecipada da liberdade como atentatória a a dignidade da pessoa humana, pois não pode se convolar o ser humano a objeto de ação estatal, o Estado tem o dever de proteger o homem contra a exposição a ofensas e humilhações. Não sendo admissível a aplicação de pena tecnicamente inaplicável. Ainda teceu considerações relacionadas ao princípio da proporcionalidade. Na compreensão do Douto Ministro a constrição da liberdade de modo antecipado macularia o princípio da proporcionalidade na sua acepção necessidade, sendo que a efetividade da justiça criminal pode ser alcançada por outros meios, como a prisão preventiva.

O Ministro Marco Aurélio postula a impossibilidade do retorno ao *status quo ante* com o provimento do recurso extraordinário ou especial, a liberdade perdida não se trata de um bem que se pode devolver.

Dentre os votos vencidos, destaca-se, o posicionamento esposado pela Ministra Elen Greice, reduzindo a garantia do estado de inocência à dimensão probatória, que tem sua cognição esgotada em segundo grau de jurisdição, remanescendo aos graus superiores apenas competência recursal, fase em que passa a vigorar uma presunção de culpabilidade em relação ao réu. Ergue o principio da proporcionalidade atribuindo sentido de que ele também veda a ineficácia e que a prisão oriunda de confirmado de condenação por júízo colegiado se trata de prisão provisória.

Joaquim Barbosa, assim como Elen Greice suscita que a condenação que não repercute no recolhimento do réu ao cárcere gera um estado de impunidade, sobretudo quando o réu é assistido por defensor que maneje uma série de recursos com o fim único de protelar o trânsito em julgado.

### **3.2. HABEAS CORPUS 126.292/SP**

Votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena os ministros Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Edson Fachin e Dias Toffoli. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Celso de Mello e Marco Aurélio.

Como no capítulo anterior, analisar-se-ão os principais votos que representam melhor os argumentos trazidos pelos ministros para defender ou afastar a constitucionalidade da execução provisória da pena.

O Ministro Teori Zavascki sustentou não ser inconstitucional o cumprimento de pena após decisão condenatória ser reafirmada em segundo grau. O princípio da presunção de inocência se esgotaria com o exame da materialidade do delito, assim na sequência do andamento processual o estado de inocência assume caráter progressivo. Discorreu acerca do postulado que repercutiu na formulação de uma série de garantias: distribuição do ônus da prova, processo legal, ampla defesa, contraditório, juiz natural, da vedação da prova ilícita, dentre outros que caracterizam um sistema processual de cunho garantista o que distancia o processo penal brasileiro da fórmula inversa da culpabilidade. Ressaltou que remanesce às instâncias superiores apenas o artifício da recorribilidade, pois a cognição quanto à matéria de fato e provas restou esgotada em grau ordinário. Tal limitação, nos dizeres do ministro, à presunção de inocência se justifica na medida que o acusado foi tratado como inocente fazendo jus a todas as garantias e regras probatórias inerentes a um modelo acusatório.

Reforça o argumento lançado pela Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC. 85.886, de 28/10/2005, que “em país nenhum do mundo, citando países e democráticos, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”.

Salienta ainda o Ministro que a antecipação de prisão combateria a sensação de impunidade que toma conta da sociedade, assim como consiste em medida de combate ao crime. Pontuou ainda que a demora no julgamento do processo enseja a extinção da pretensão punitiva que impulsiona sucessivos recursos protelatórios. Fala que as instâncias ordinárias cometem equívocos, mas para remediar erros sempre haverá outros mecanismos onde seria suspensa a execução provisória da pena.

O Ministro Edson Fachin, referiu que a função outorgada pela Constituição à Corte Suprema é a de tutelar a ordem jurídica constitucional e não a inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos. Dispôs que a regra da não culpabilidade não encerra caráter absoluto, pois deve ser harmonizada com outros princípios constitucionais. A natureza dos tribunais superiores não é ser uma terceira ou quarta instância. Não é função atribuída pela CF que o STJ e STF estejam incumbidos de analisar “as injustiças dos casos concretos”.

Alvitou que devido a multiplicidade de recursos, o trânsito em julgado estaria a revelar a parte sumcumbente. A interpretação de modo absoluto do princípio da presunção de inocência condicionaria a configuração do trânsito em julgado em definitivo à concordância do apenado.

O Ministro Luis Roberto Barroso delineou, em síntese, três argumentos para justificar a antecipação de pena: permite tornar o sistema criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária. Promove a maior igualdade no processo penal. Combate a impunidade dos crimes de colarinho branco e quebra a impunidade do sistema criminal.

Discorre que a presunção de inocência é um princípio que admite relativização e interpretação sistemática com outros princípios da mesma magnitude, tanto que se admite a prisão cautelar.

O princípio em sua máxima efetividade postula que nenhum efeito da sentença penal pode ser sentido pelo acusado até a sentença definitiva. De outro lado está o interesse constitucional de efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Isso demonstra que o sistema punitivo deve ser efetivo, dotado de credibilidade. A aplicação da pena desempenha uma função social relevante, promove a prevenção especial e a prevenção geral.

Do sopesamento do estado de inocência com outros princípios de idêntica relevância, ele adquire peso gradativo a medida que o processo avança e as provas são

produzidas. Com a condenção em segunda instância, o princpio adquire menor peso ainda e a exigência de efetividade do sistema penal se sobrepõe a ele.

Somado a isso em sede de tribunais superiores não se discute a autoria ou materialidade do crime, as instâncias extraordinárias se prestam a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Assim o sacrifício que se impõe ao princpio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado- é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenção, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princpio da proporcionalidade como proibição da proteção deficiente.

Combate o posicionamento à época vigente justificando que ele tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.

Um direito penal sério e eficaz constitui instrumento para a garantia desses bens jurídicos tão caros à ordem constitucional de 1988. Ressalta que a proteção eficaz não representa incompatibilidade com a defesa e a intervenção mínima do direito penal efetivo.

Traz argumentos de ordem infraconstitucional como a preservação da ordem pública, como eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, a segurança e da integridade das pessoas.

Ultrapassa os argumentos direcionados ao direito e passa a explicar que a credibilidade do sistema judiciária é abalada com o uso abusivo recursal, principalmente quando se trata de reus que possuem maior poder econômico de modo que a relativização do princpio também configuraria uma medida de igualdade.

Gilmar mendes alterou a posição adotada no julgamento de 2009, outrora, sustentou que a antecipação do cumprimento de pena consistiria em violação aos princpios da dignidade humana, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Para fundamentar sua decisão, trouxe casos específicos que revelam como a demora no cumprimento da pena compromete a efetividade da justiça. Além disso,

afirmou que a presunção de inocência poderia ser mitigada de acordo com o estágio do processo, desde que não atingisse o seu núcleo fundamental.

É importante ressaltar, contudo, que, se existe um núcleo fundamental do princípio da presunção de inocência, é nele certamente que está a prisão pena. Ao final, reforçou novamente a necessidade de se dar credibilidade à justiça, lembrando que o ministro Cezar Peluso, quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ofereceu proposta de emenda constitucional (conhecida como PEC dos recursos) para que o Brasil seguisse o modelo europeu de controle concentrado, em que há o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau.

O ministro Celso de Mello refere a manifesta clareza do texto constitucional. Segundo seu entendimento, o marco específico para o afastamento do princípio é taxativo, não admitindo a Constituição com esvaziamento progressivo desta à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Refere ser inadequado invocar a experiência de outros países democráticos que não possuem o sistema normativo brasileiro

Ricardo Lewandowski expressa que o mandamento da Constituição é taxativo não podendo ultrapassar um sentido que possui clareza expressa. O conteúdo do dispositivo da Lei Maior é claro no sentido da presença da presunção de inocência até o esgotamento da via recursal. Ou seja, em matéria penal, os recursos teriam, sim, efeito suspensivo, não podendo lei infraconstitucional dispor de modo diverso. Nesse sentido, o art. 637, do CPP não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Refere ainda que na esfera civil o legislador cercou de todas as garantias que possam prover eventual reversão dos resultados de um processo. Em matéria penal o bem protegido é de relevância suprema, uma vez que não adstrito à esfera patrimonial. Assim a reversibilidade da execução provisória é impossível.

Ainda que se sustente a possibilidade de indenização por prisão injusta, com fundamento no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, é de se reconhecer que o Estado não tem condições financeiras para suportar o custo dessas indenizações.

Trouxe, ainda, dados estatísticos bastante contrastantes com os expostos pelo ministro Roberto Barroso e Teori Zavascki, na medida em que afirma que entre 2006 e 2016, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos, sendo que 3,3%

providos parcialmente, chegando-se a quase um terço de modificações em instância extraordinária.

#### **04. DA NEGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Por todo o exposto acima, é possível concluir que, em verdade o postulado da presunção de inocência cujo teor traz em si significativo conteúdo histórico, representa uma garantia, que protege e reconhece um estado natural pertencente ao indivíduo.

A protetividade limita a atuação Estatal, por largo tempo empreendida de forma abusiva e degradante, no que concerne a um dos maiores bens humanos, a liberdade.

Da observação dos votos emanados pela Corte Suprema Brasileira, se observou a insegurança quanto a chamada interpretação do princípio.

Em verdade, acaba por se conferir que há no atual entendimento uma negação do estado de inocência sob argumentações diversas que não enfretam a garantia em si.

Dada a objetividade do presente estudo, selecionou-se os principais aspectos a fim de argumentar pela não aplicação do teor que emana no princípio da presunção de inocência.

##### **4.1. Violação ao sistema garantista: da inobservância do dever judicial de zelar pelos valores constitucionais.**

Consonante ensinamentos de Norberto Bobbio, as normas do ordenamento jurídico não se encontram no mesmo plano. As normas seguem uma estrutura escalonada dotada de hierarquia e assim chega-se a norma suprema, da qual deriva a validade e o conteúdo de todas as outras normas, onde repousa a unidade do ordenamento jurídico.<sup>104</sup>

Nesse escalonamento normativo, Luigi Ferrajoli fundamentou o sistema garantista pautado na preponderância da constituição.

---

<sup>104</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 49 in GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2017 p. 40

O garantismo entendido no sentido do estado constitucional de direito compreende uma série de vínculos e regramentos racionais, impostos a todos os poderes, representando verdadeiro mecanismo de controle face o exercício temerário do poder. De modo que impera a sua inviolabilidade tanto pelas normas infraconstitucionais, quanto pelo aplicador do direito.<sup>105</sup>

Na esteira da concepção de Ferrajoli à magistratura confere papel fundamental no que diz respeito ao critério de interpretação conforme a constituição. A função primordial do juiz é de guardião da lei maior de um estado.<sup>106</sup>

A sujeição do juiz à lei não é como o ultrapassado paradigma positivista, onde o juiz era mera “boca da lei”, sua atividade estava subjugada ao que a letra da lei prescrevia. A atividade do magistrado é dotada da responsabilidade de eleger os únicos significdos válidos, ou seja, compatíveis com os valores imperativos positivados em uma constituição, consubstanciados nos direitos fundamentais estabelecidos pelos mesmos.

Salo de Carvalho discorre que o garantismo penal busca estabelecer parâmetros de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegetimando qualquer modelo de controle social maniqueísta, que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Refere que tal esfera de direitos é inegociável, inadimidindo-se o seu sacrifício sequer sobre o argumento da manutenção do bem comum.<sup>107</sup>

Por meio do reconhecimento da inviolabilidade de determinadas garantias, Luigi Ferrajoli procura estabelecer barreiras dotadas de objetividade para a contenção da liberdade judiciária e legiferante, no ponto específico do direito penal e processo penal. A intervenção estatal, dotada da coercibilidade em grau máximo, nesse ramo do direito, gera consequências de grande monta, na medida que atingem a liberdade individual, considerado as sanções de apenamento corporal.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2017 p. 40-41.

<sup>106</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2017 p. 40.

<sup>107</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 17. In GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Vol. 1 - Parte Geral. p 42.

<sup>108</sup> PACHELLI, Eugênio. Curso de Porcesso Penal. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33-34.

Dos argumentos da corrente majoritária vencedora que entabulou o entedimento vigente, visulumbra-se a insubordinação à ordem mandamental da Carta Maior Brasileira, na medida que relativiza-se o postulado fundamental em face de linhas de ideologia que se afastam das regras processuais que a garantia repercute. Assim, olvidaran-se de observar a função da jurisdição que é a de decidir e respeitar o procedimento, não atropelando direitos em virtude do uso abusivo do poder estatal.

As decisões judiciais em matéria criminal não podem ser puro ato de poder, elas devem estar baseadas em um amplo conhecimento sobre a matéria dos fatos somada a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Somente assim haverá legitimidade no procedimento criminal. Para que essa possibilidade se efetive, a atividade defensiva deve ser a mais ampla possível e aos interessados deve ser porpocionada a ampla participação no processo.<sup>109</sup>

Além da insoburdinação à Constituição, tanto de seus preceitos como a função que ela atribuí ao judiciário, a explanação da questão da natureza dos recursos excepcionais, não aptos a reánalise de prova, também converge no sentido de violar a sistemática garantista.

Os significados do processo penal encontram raiz em um amplo contexto histórico e trazem esse conteúdo para o procedimento criminal, impulsionado por um acontecimento no mundo concreto. Não podem, então, ser manejados de modo irrefletido e deslegetimado. Intepretação difere da arte de reiventar conceitos contrários ao texto espresso em lei. A letra é clara no sentido do marco do trânsito em julgado e as consequências que ele reflete no estado de inocência. A garantia não de esgota na culpabilidade fática e normativa.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> PACELLI, Eugênio. Op. Cit. p. 33-34.

<sup>110</sup> LOPES Jr, AURY. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 15 de julho de 2019.



O risco de condenação de um inocente deve ser objeto de maior apreço do que a eventual absolvição de um culpado, sobretudo considerando que a reconstrução da realidade pelas provas processuais está fadada a fábilidade humana.<sup>111</sup>

Não há aqui que se falar em impunidade, clamor social, frente ao sofrimento da vítima perante a prática delituosa. Não estare-se só pensando qual bem jurídico deve prevalecer, o da vítima ou acusado,<sup>112</sup>mas sim da supremacia de regramentos que representam um país democrático que consubstancia o bem da totalidade dos cidadãos.

Não se está militando pela não condenação pela efetiva prática de um delito, mas sim em admitir tal consequência somente após o esgotamento das possibilidades previstas em lei tanto para a defesa quanto para o órgão acusatório.

#### **4.2 Da similaridade dos argumentos com a ideologia da escola positivista:**

##### **afastamento do garantismo penal e aproximação com o direito penal do inimigo.**

Como visto no decorrer do presente ensaio, o princípio da presunção de inocência consubstancia um direito humano de caráter fundamental, elencado pela Carta Política como cláusula pétrea.

Representa uma guinada histórica na utilização do processo penal que era manipulado como instrumento de controle pela política, guiado por interesses escusos que não podem receber o nome de justiça.

Restou evidenciado que, em síntese, o princípio encerra garantias que iniciam com o nascimento do indivíduo e este ingressando como réu em uma persecução penal, postula que seja tratado como inocente até que a culpa seja definitivamente apontada. A responsabilização em definitivo só ocorrerá pela apreciação das provas do processo e a verificação de que todas as regras procedimentais foram devidamente aplicadas e respeitadas, que ocorre por meio de recursos e remédios que atacam as decisões judiciais.

---

<sup>111</sup> PACELLI, Eugênio.Op. Cit. p. 33-34.

<sup>112</sup> PACELLI, Eugênio.Op. Cit. p. 33-34.

Observa-se que as correntes que operaram novo entendimento em relação ao início do cumprimento de pena pelos acusados, modificaram o eixo final do procedimento criminal, olvidando-se de considerar as múltiplas faces do processo penal constitucional. A imputação da culpa não se esgota somente na falível análise probatória, mas exige que somente se possa falar em culpado após o transcurso inteiro do processo penal e a sua finalização com a imutabilidade da condenação.<sup>113</sup>

A defesa do cumprimento antecipado de pena, decorrente de uma decisão da qual ainda caiba recurso sob a argumentação da alta probabilidade de certeza da materialidade e autoria delitivas operadas em segundo grau. Em verdade, contém uma visão gradualista do direito fundamental tratado no presente trabalho, como se de modo progressivo ele fosse perdendo a sua eficácia conforme se dá o deslinde processual.<sup>114</sup>

Tal tratamento gradualista não deixa de conter a ideologia técnico-positivista da presunção de culpa. O argumento de que há uma “certeza” de que o desfecho do feito culminará em uma decisão condenatória, essa expectativa de que um resultado já esperado ocorrerá, era utilizado pelos positivistas no nazifascismo. Essa máxima paulatina, na visão deles, era trazida para o início da persecução penal.<sup>115</sup>

Assim o discurso calcado no baixo número de recursos de natureza excepcional admitidos se aproxima daquele sustentado pela escola de matriz facista de Manzini para quem a maioria dos acusados ao fim do processo tinham a culpa confirmada.<sup>116</sup>

Vislumbra-se, também, do teor dos votos que impuseram novo entendimento, as características do direito penal do inimigo. Isso porque carregam em seus significados verdadeira diferenciação entre os cidadãos e os “inimigos” da sociedade, violando o princípio da igualdade entre todos os indivíduos<sup>117</sup>. O fato de um cidadão estar no bano dos réus não pode insitar a relativização de garantias que o pressumem como inocente

---

<sup>113</sup> PACELLI, Eugênio. Op. Cit. 33-36

<sup>114</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op Cit. p 570

<sup>115</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op Cit. p. 570

<sup>116</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op Cit. p. 560-580.

<sup>117</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal- Parte Geral. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1228

até o deslinde fatal do processo. Na medida que se fere essa presunção também se quebra o parâmetro de igualdade entre os cidadãos, pois por suposta prática criminosa ainda não afirmada nos autos de um procedimento penal, se operada distinção entre o acusado e o restante dos homens inocentes.

#### **4.3 Dos efeitos da decisão no sistema carcerário brasileiro: a liberdade dos acusados pelo erro judiciário.**

Embora não possa se rezudir a uma quantificação meramente numérica a liberdade de um indivíduo, sobretudo se considerando a possibilidade de que a prisão corporal imposta possa vir a ser afastada. Traremos explicações demonstrando que as modificações operadas pelos Tribunais de Sobreposição ensejaram consequências de elevada monta no sistema carcerário brasileiro, também será evidenciada que não se trata de ínfimo o índice numérico de correções de erros judiciários sanados somente perante as Cortes Superiores.

À época da modificação do entendimento foi realizado estudo evidenciando que a Corte Suprema, orientando a prisão antecipada, estaria elevando os índices de prisões ao ano em cerca de 50 (cinquenta), o que geraria, 1 (um) bilhão a mais por ano com o custeio de presos.<sup>118</sup>

Neste mesmo recorte temporal a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, reponsável por um quinto de todos os habeas corpus ajuizados junto ao STF nos 05 anos antecedentes à modificação de posição pelo plenário. Divulgou que cerca de 50% dos HC's ajuizados perante o STF e STJ foram deferidos. As situações compreendiam crimes de bagatela, regime fechado para réus primários com penas inferiores a oito anos.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> Revista Consultor Jurídico. Explosão Carcerária: com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

<sup>119</sup> Revista Consultor Jurídico. Explosão Carcerária: com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

Em abril de 2016 a Defensoria de São Paulo havia ajuizado cerca de 2.610 (dois mil outocentos e dez) pedidos de HC no STJ e no STF. As cortes concederam 1.008 (mil e oito), o equivalente a 49% das solicitações. Em 2015, foram 8.580 (oito mil quinhentos e oitenta) pedidos, e 3.181 (três mil cento e oitenta e um) concessões, uma proporção de 48%. Em 2014, o índice de HCs providos foi de 45%: 7.259 pedidos (sete mil duzentos e cinquenta e nove) e 2.395 (dois mil trezentos e noventa e cinco) deferidos.<sup>120</sup>

Em 2018 quando a população carcerária do Brasil chegou a 602.000 (seiscentos e dois mil) presos,  $\frac{1}{4}$  da população custodiada estava em situação de cumprimento antecipado de pena. Tais dados foram divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, com base na edição do Banco Nacional de Monitoramento de Presos. Tal pesquisa informou que 40 % dos detentos haviam sido enclausurados para dar início à execução provisória de pena. Os responsabilizados criminalmente por ocasião de condenação definitiva representavam 35% da população carcerária.<sup>121</sup>

O Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0), no seu relatório contabilizou 241.000 (duzentos e quarenta e um) mil presos provisórios, 148,4 (cento e quarenta e oito mil e quatrocentos) mil em execução provisória e 211.000 (duzentos e onze mil) em execução definitiva.<sup>122</sup>

Em 2017 foi enviado um estudo ao Ministro Ricardo Lewandowski, material posteriormente apresentado ao colegiado do STF. O compilado contém pesquisa acerca

---

<sup>120</sup> Revista Consultor Jurídico. Explosão Carcerária: com presunção de culpa STF pode antecipar 50 mil prisões por ano. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-05/presuncao-culpa-stf-antecipar-50-mil-prisoas-ano>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

<sup>121</sup> Revista Consultor Jurídico. Presos após 2<sup>a</sup> instância já são  $\frac{1}{4}$  do total da população carcerária. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/brasil-presos-provisorios-condenacao-definitiva>>. Acesso em 11 de junho de 2019.

<sup>122</sup> PORTINARI, Natália. O GLOBO, Presos após segunda instância são um quarto da população carcerária. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presos-apos-segunda-instancia-sao-um-quarto-da-populacao-carceraria-22961245>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

dos recursos providos, em matéria criminal, perante o STJ em um período de 10 (dez) anos. Seguem os dados levantados:<sup>123</sup>

Classe Processual	Decisões Providas	Total de Decisões	Percentual
AREsp	2.660	50.068	5,31%
HC	14.550	45.287	32,13%
REsp	5.833	32.451	17,97%
RHC	2.279	31.991	7,12%
Total Geral	25.322	159.797	15,85% <sup>124</sup>

Mesmo havendo reconhecido o estado de coisas inconstitucional no ano de 2015<sup>125</sup> relativamente ao sistema carcerario brasileiro, declarando a superlotação das prisões, as

---

<sup>123</sup> CANÁRIO, PEDRO. Em sete anos, 10% de todas as decisões criminais do STJ foram a favor do réu. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/sete-anos-10-todas-decisoes-stj-foram-favor-reu>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

<sup>124</sup> CANÁRIO, PEDRO. Em sete anos, 10% de todas as decisões criminais do STJ foram a favor do réu. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/sete-anos-10-todas-decisoes-stj-foram-favor-reu>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

<sup>125</sup>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 –

condições desumanas da custódia, a violação massiva dos direitos fundamentais. Delibrou, o Pretório Excelso, em impor constrição a liberdade mesmo havendo possibilidade de a pena corporal vir a ser afatada por ocasião de recursos perante as instâncias de sobreposição.

Assim muito embora, como suprerreferido, não é admissível a relativização da liberdade sob a argumentação do baixo número de recursos providos. Foram colacionados dados demonstrando a expressividade do número de pedidos providos perante os tribunais superiores. Reforçando assim, a ilegalidade da medida, pois é a liberdade dos inocentes que é tomada em detrimento da violação da sistemática constitucional.

Sendo impossível devolver ao imputado seu estado anterior à experiência de estar enclausurado, a mácula ultrapassado o tempo que lhe foi tomado se ao final os Tribunais Superiores anularem o processo *ab initio*, reduzirem a pena, alterarem o regime de cumprimento, colhendo os pedidos formulados.<sup>126</sup>

Como já referido, não se pode admitir a relativização de um princípio sob a argumentação de que ele vem a beneficiar, efetivamente, uma mínima parcela daqueles que respondem a um procedimento criminal. A garantia tem por fim conferir ao cidadão, por meio da Lei, algo que já lhe pertence, o respeito a sua liberdade. Todavia, com base nos índices numéricos acima exarados pode-se depreender que em verdade, além de efetuar um aumento na população de um sistema carcerário desumano, submete a inúmeros indivíduos o cárcere com base em decisões errôneas que são sanadas somente perante os Tribunais de Sobreposição.

---

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.. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Disponível em : < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 10 de junho de 2019.

<sup>126</sup> LOPES Jr, AURY. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em 15 de julho de 2019.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O postulado da presunção de inocência encerra uma luta histórica no palco da libertação da opressão. Os mecanismos legais existem pelo motivo de conferir a sociedade proteção tanto contra o Estado, como nas relações lineares entre particulares.

O uso político do processo penal, sob o propósito escuso de exercer o controle social em detrimento de um pequeno grupo, manchou a história da humanidade com o sofrimento, degradação e desvirtuação daquilo que se pode chamar de humano.

Pode-se dizer que o princípio foi sendo construído ao longo da história, na época da Idade Média, imperava uma atmosfera de temor sobre os componentes das sociedades, após as invasões bárbaras nasceu a era monárquica e após despontou no controle da sociedade a igreja. As regras existiam para atender interesses daqueles que ocupavam o cume da sociedade estratificada. As perseguições-acusações eram promovidas sem provas efetivas e muitas vezes um acusado confessava a prática delitiva em virtude do suplício que era submetido.

A consagração da tutela dos inocentes representa a luta de uma era, assim não é possível se aceitar o distanciamento do seu significado sob argumentações diversas que não o enfrentam, mas sim enfraquecem.

A Presunção de Inocência, no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser analisado a luz do Estado Garantista, repercutindo em garantias processuais e materiais, que não se esgotam no falível exame dos fatos.

Assim os fatos não orbitam em esfera diversa das regras, eles são analisados no abrigo de um procedimento criminal sob as normas ali incidentes. Embora possa se admitir a existência de um determinado fato, as regras que regem o processo penal determinarão uma consequência somente após o esgotamento das mesmas.

A relativização de tal estado imutável encontra um marco bem delimitado no sistema brasileiro, qual seja o trânsito em julgado.

Tal marco tem conteúdo específico e inquestionável, ao seu significado não é cabível alteração e relativização de qualquer natureza.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> BITENCOURT, César Antônio. Op. Cit. p. 101-102.



Não é cabível alteração, nem relativização, pois o resultado final do processo, considerando um sistema que seja comprometido ao asseguramento do cumprimento dos direitos, não se encontra na ocasião do julgamento operado pelo segundo grau.

O eixo finalístico do procedimento, a certeza de imutabilidade da condenação, ocorre quando os Tribunal Federal, emite sua palavra em relação aquela matéria de direito ali levada.

Após o término deste debate jurídico que só existiu em decorrência de um acontecimento do mundo concreto e que chega-se a efetiva possibilidade de afetar-se o *status* de inocência e chega-se a certeza da responsabilidade criminal.

A banalização da liberdade, é aspecto a insitar elevada preocupação, os homens não são objetos passíveis de manipulação, que podem ingressar em um sistema carcerário falido para após deixá-lo em decorrência do reconhecimento das matérias analisadas justamente pelas Cortes Superiores.

Admitir tal máxima, implica em distanciamento dos direitos humanos consagrados em um época em que o mundo ainda vivenciava a traumática experiência de uma guerra e aproximar-se aos regimes que não respeitam a humanidade.

Os argumentos lançados no teor dos votos que guiam o entendimento atual, replicado, por todo o território nacional suscitam diversas problemáticas a serem enfrentadas e pelo preço da liberdade dos inocentes adotaram a postura de relativizar uma garantia que não admite relativização, senão quando operado o trânsito em julgado.

A exemplo os argumentos baseados na experiência e utilização de probabilidade ao se considerar a liberdade de um indivíduo se aproximam daqueles sustentados por teóricos que buscaram por meio da doutrina legitimar crimes contra a humanidade.

Ainda nessa seara a condiração de superlotação, utilização protelatória de recursos são elementos a serem sanados por programas que não repousam na constrição antecipada de humanos e negação de garantias.

Portanto, inegável a negação do estado de inocência pela Corte Máxima Brasileira que repousando em argumentos que atingem outros elementos não conerentes a delimitação clara constante na constituição determinaram o cumprimento antecipado de pena, anteciparam o fim do processo penal.

## Referência Bibliográficas

SILVA, Carlos Walber da . O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/64135/o-principio-da-presuncao-de-inocencia-ou-nao-culpabilidade>>. Acesso em 15.05.2019.

SANTALUCIA, Bernardo. *Processo penale: diritto romano*. In: MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

FOUCAULT, Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 34.

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. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69.

MELO, Fabiano. Direitos Humanos. São Paulo: FORENSE LTDA, 2016. p. 35-36.

AQUINO, Santo Tomás de. Suma Teleológica. 1265-1273 *apud* BENTO, Ricardo Alves. Da Presunção de Inocência no processo Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FOUCAULT, Michael. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: vozes, 1999.

NICOLITT, André Luiz. As Subversões da Presunção de Inocência: Violência, Cidade e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem>>. Acesso em: 04 de maio de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São paulo: Revista dos Trbunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo. Direito Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

NUCCI, Souza Guilherme de. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Souza Guilherme de. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVENA, Norberto. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Método, 2014.

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

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2014.

SANGUINÉ, Odone. Prision Provisional y Derechos Fundamentales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência: Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. Disponível em:< [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p135](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135)>.