

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO-  
CULPABILIDADE: REFLEXÕES SOBRE SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS E  
JURÍDICOS**

Isabela Tavian de Meira

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE  
PRUDENTE**

**CURSO DE DIREITO**

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO-  
CULPABILIDADE: REFLEXÕES SOBRE SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS E  
JURÍDICOS**

Isabela Tavian de Meira

Monografia apresentada como  
requisito parcial de Conclusão de  
Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação  
do Prof. Luis Roberto Gomes

Presidente Prudente/SP

2020

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO-CULPABILIDADE: REFLEXÕES SOBRE SEUS ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS**

Trabalho de Monografia aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

**LUIS ROBERTO GOMES**  
Orientador

---

**FLORESTAN PRADO**

---

**MÁRIO COIMBRA**

Presidente Prudente, 1º de dezembro de 2020

*Não sei se a vida é curta ou longa para nós, mas sei que nada do que vivemos tem sentido se não tocarmos o coração das pessoas. Muitas vezes basta ser: colo que acolhe, braço que envolve, palavra que conforta, silêncio que respeita, alegria que contagia, lágrima que corre, olhar que acaricia, desejo que sacia, amor que promove. E isso não é coisa de outro mundo, é o que dá sentido à vida. É o que faz com que ela não seja nem curta, nem longa demais, mas que seja intensa, verdadeira, pura enquanto durar. Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.*

Cora Coralina

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu irmão, esteio de toda a minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por estar sempre presente em minha vida, em todos os meus passos e escolhas e inclusive por iluminar meu caminho à escolha do curso de direito, que, hoje, é uma parte de mim que sou apaixonada e que já não consigo mais viver sem.

Agradeço também - e principalmente - aos meus pais, Maria Angelina Tavian de Meira e José Donizeti de Meira, por todo o amor, o carinho, a atenção, o cuidado e o suporte de sempre, por serem lar para o meu coração, por terem um abraço que, diante das dificuldades ou não, sempre me conforta, me reanima e me revive. Agradeço também por me ensinarem a viver com dignidade, honestidade, simplicidade, esperança e caráter, distribuindo amor, carinho e educação por onde passo. Por nunca medirem esforços para me fazer a pessoa mais feliz do mundo, principalmente por saber que tenho vocês comigo, o que é a maior felicidade da minha vida, que fica mais colorida e com mais luz com vocês comigo, e por nunca desistirem dos meus sonhos e da minha capacidade de fazer a minha parte para transformar o mundo em um lugar melhor. Obrigada por serem os melhores pais e pessoas que poderiam existir no mundo. Vocês são minhas inspirações e meus maiores exemplos de seres humanos. Tenho muito orgulho de ser filha de vocês. A vocês “seria inteiramente grata pelo dom da vida, mas vocês não se contentaram e ainda me ensinaram a vivê-la e a olhá-la com alegria e otimismo, me educando e me auxiliando com a intenção de me fazer seguir o melhor caminho. De vocês, recebi, ainda, valores que me transformaram em uma adulta responsável e consciente. Quantas vezes sacrificaram os seus sonhos em favor dos meus? Meu cansaço foi sentido e compartilhado por vocês, em um colo ou mesmo em um silêncio. Saibam que todos os méritos das minhas conquistas lhes pertencem. Desta forma, o mínimo que posso dizer é que amo muito vocês”. Vocês são tudo para mim!

Agradeço também ao meu irmão, que, hoje, apesar de ser doutor, vai ser o meu eterno Juninho. Além de ser um irmão maravilhoso, sempre vai ser o meu melhor amigo, que sempre me escuta nos momentos difíceis, me dá os melhores conselhos que eu poderia escutar, me faz amadurecer, se preocupa comigo e se dedica de todo o coração para buscar o meu bem. Mesmo com a distância física e com a correria do dia-a-dia de sua residência, sempre se faz presente. Agradeço a ele

também por ser outro grande exemplo de bondade, humildade, esforço e dedicação. Não tenho palavras para agradecer tudo que você é em minha vida. Te amo demais!

Ademais, agradeço ao meu orientador, Luis Roberto Gomes, por toda a atenção, cuidado, disponibilidade e preocupação com cada detalhe, além da minha inteira gratidão por todas as oportunidades que me concedeu, dentre elas o acesso a uma aula de seu doutorado. Agradeço por todo o conhecimento que o senhor adquiriu mediante muito esforço e por transmiti-lo para os seus alunos como um todo com tanto carinho e humildade. Suas aulas sempre foram motivo de muito entusiasmo para mim. É de grande honra poder ter sido sua orientanda e aluna, além de poder aprender um pouco da tão avantajada carga de conhecimento que o senhor carrega consigo. Espero um dia ser uma profissional tão qualificada e tão ética quanto o senhor e, além disso, almejo também me tornar um ser humano tão especial assim como o senhor é! Minha gratidão total!

Por último e não menos importante, agradeço ao Corpo Docente e aos colaboradores do Centro Universitário Toledo Prudente, já que a instituição, juntamente com os docentes, prezam pela excelência aliada ao respeito de todos, o que muito colaborou para a minha formação acadêmica e pessoal.

## RESUMO

Demonstra-se no presente trabalho os aspectos históricos, o desenvolvimento e a evolução das penas diante do princípio da presunção de inocência ao longo do ordenamento jurídico estrangeiro e brasileiro para que haja, assim, uma melhor compreensão do mesmo, já que o princípio se trata de tema bastante atual, relevante e polêmico, que possui muitos aspectos controversos e que foi recente alvo de decisão do STF. Identifica-se, portanto, o conceito e a natureza jurídica do princípio da não culpabilidade, de forma a evidenciar que o acusado é considerado inocente até que seja condenado em processo transitado em julgado, o qual traga provas inequívocas de sua culpabilidade e a esclarecer, além disso, que o princípio também guarda forte relação com vários outros princípios constitucionais e processuais, especialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Apresenta-se também a importância do princípio constitucional e processual aos indivíduos ao longo do estudo, pois se trata de uma garantia necessária para o caso de erros e abusos do Poder Judiciário contra o direito de liberdade, de modo que o trabalho também exhibe o duro combate realizado contra estes erros e abusos estatais durante a história para chegar até o sistema garantista hoje tido. Além disso, o estudo demonstra o histórico de decisões do STF, analisa se há confronto entre as prisões cautelares e o princípio em questão e também examina a possibilidade de alteração do mesmo por emenda constitucional ou por outro ato normativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Presunção. Inocência. Condenação. Liberdade. Democrático.



## **ABSTRACT**

This work has the purpose of showing the historical aspects, the development and the evolution of the penalties before the principle of the presumption of innocence throughout the foreign and Brazilian legal order so that there is, thus, a better understanding of it, because the principle is it deals with a very current, relevant and controversial topic, which has many controversial aspects and which was recently the target of the STF's decision. The study seeks to identify the concept and the legal nature of the principle of non-culpability, in order to show that the accused is considered innocent until convicted in a final and unappealable process, which brings unequivocal evidence of his culpability and to clarify, in addition, that the principle also has a strong relationship with several other constitutional and procedural principles, especially with the principle of human dignity. There is also the intention to highlight the importance of the constitutional and procedural principle to individuals throughout the work, as it is a necessary guarantee for the case of errors and abuses by the Judiciary against the right to freedom, so that the study also intends to show the hard fight carried out against these errors and state abuses during history to reach the guarantee system that we have today. In addition, the study intends to present the STF's decision history, analyze whether there is a confrontation between the precautionary prisons and the principle in question and also examine the possibility of altering it by constitutional amendment or by another normative act.

**KEYWORDS:** Presumption. Innocence. Conviction. Freedom. Democratic.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>12</b>
<b>3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA .....</b>	<b>29</b>
<b>4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E A INOVAÇÃO REFERENTE AO JUIZ DE GARANTIAS .....</b>	<b>58</b>
<b>5 PRESERVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS PRISÕES CAUTELARES.....</b>	<b>63</b>
<b>6 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELACIONADAS À EXECUÇÃO DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA .....</b>	<b>77</b>
<b>7 (IN)VIABILIDADE DE ALTERAÇÃO OU MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....</b>	<b>87</b>
<b>8 CONCLUSÃO .....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Através da metodologia dedutiva, a intenção deste trabalho foi analisar o princípio da presunção de inocência, sua evolução histórico-normativa e suas consequências no ordenamento jurídico e na prática de quem exercita o Poder Judiciário no Brasil. Por isto, o objeto do trabalho foi estudado utilizando-se do raciocínio lógico para analisar conceitos, definições e informações acerca do assunto até chegar à conclusão.

O princípio da presunção de inocência é extremamente importante em qualquer Estado de Direito Democrático que busca tutelar e garantir aos seus cidadãos um bem jurídico considerado como um dos principais que um indivíduo possui: a liberdade individual. Deste modo, é garantido ao indivíduo, por meio deste princípio, não somente sua liberdade como reflexo de sua dignidade humana, mas também a vedação de arbitrariedades por parte do Estado frente ao particular, o que muito ocorreu ao longo da história do mundo.

A importância de sua formação histórica antiga se dá justamente pelas situações degradantes a que ficavam submetidas as pessoas, que, muitas vezes, de forma inocente, sofriam torturas, abusos e, inclusive, eram executadas sem respeito algum a sua vida e a sua liberdade. Dessa forma, é consideravelmente significativa a abordagem a respeito do conceito do princípio em questão, de sua natureza jurídica e da evolução histórica que despertou a necessidade desta garantia.

Além disso, pela total relevância e interferência no processo penal que o princípio detém, também foi apresentado o sistema processual penal vigente no Brasil, que foi alterado pelo Novo Pacote Anticrime, cujo qual acarretou em uma significativa mudança: o juiz de garantias, que impacta diretamente no princípio aqui estudado.

Também se fez indispensável a análise de como é realizada a prática do princípio com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (capítulo 6), que, muitas vezes foi alterada. Assim, passou-se, então, a analisar seu conceito e sua natureza no capítulo a seguir (capítulo 2), passando também pela sua evolução histórica no aspecto mundial e também pela sua evolução normativa no Brasil, pelo sistema processual penal adotado no Brasil (capítulo 4), além de questões que atingem em linha reta o princípio da não culpabilidade, como o ponto da interferência ou não das prisões cautelares (capítulo 5) e a inviabilidade de alteração ou mitigação do princípio pelo Constituinte Originário (capítulo 7), já que, por se tratar de princípio referente a

direito e garantia fundamental, há uma limitação material quanto a esta reforma (Cláusula Pétrea).

## **2 CONCEITO E NATUREZA**

Para iniciar o estudo do conceito e da natureza da presunção de inocência, é muito relevante observar que esta se manifesta através de um princípio. E por este motivo, é expressivo considerar qual a conceituação de um princípio. Princípios são entendidos como a raiz, a fonte, o início, o nascedouro de algo. No aspecto jurídico, há a percepção de que os princípios tratam dos valores mais importantes, isto é, daqueles que são imprescindíveis ao ordenamento jurídico, o qual é este, por isso, baseado neles.

No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça. (BARROSO, 2019, p. 210).

Como um dos mais importantes princípios trazidos pela Carta Magna, o princípio da presunção de inocência, expressamente previsto no artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira de 1988, evidencia que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para introduzir o estudo de tal princípio, é interessante observar a lenda exibida por Lima (2020, p. 200):

Uma antiga lenda portuguesa das formas de julgamento que hoje simboliza aquele país, é o do Galo de Barcelos, como ficou conhecida a *história do condenado inocente* ou *inocente condenado* à morte, salvo da forca minutos antes de seu trágico fim, por um cantar de um galo já despojado de suas penas, e pronto para satisfazer o mais requintado paladar do juiz sentenciante. A ideia de trazer inicialmente a *lenda* tem por finalidade chamar a atenção para o fato de que a questão que se pretende tratar no presente estudo é conhecida de longa data e, ao mesmo tempo, para apontar que a questão ou *princípio da presunção de inocência* sofreu e vem sofrendo enorme evolução com o decorrer das civilizações.

O que se tinha algum tempo atrás direcionando os fundamentos do princípio em comento hoje já não satisfaz. As garantias decorrentes de inúmeros outros princípios que foram surgindo com a evolução dos ordenamentos jurídicos, a citar o do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, fizeram com que a caricatura do princípio da presunção de inocência, por assim dizer, fosse tomando contornos mais acentuados a fim de enfatizar os aspectos que a nova realidade jurídica - fundada principalmente nos direitos e garantias fundamentais -, passou a exigir do ordenamento legal de um legítimo Estado Democrático de Direito, afastando a condenação sumária e sem fatos concretos, comum de uma comunidade envolta em crenças e trevas.

De acordo com Draiton Gonzaga de Souza e Luis Rosenfield (2014, p.04):

“O princípio da presunção de inocência, nos moldes com que é conhecido e tratado hoje pela comunidade jurídica, como garantia individual frente ao arbítrio do Estado, figura como típico direito fundamental de primeira dimensão, que surge a partir dos postulados do pensamento liberal do século XVIII”

Os direitos de primeira dimensão ou geração são caracterizados por sua condição negativa, já que se tratam de direitos que não podem sofrer interferência do Estado, limitando, portanto, a atuação arbitrária deste e protegendo principalmente a liberdade pessoal dos indivíduos, que, segundo Roberto Delmanto Junior (1998, p. 18):

Virtude suprema, o mais precioso bem de todos aqueles inerentes à vida, é fundamental, como lembra o jus filósofo Luis Recaséns Siches, para que o ser humano seja capaz de se desenvolver, de colocar em prática seus potenciais, como “uma criatura filha de Deus com a perspectiva de auto salvação”, ou seja, de realização pessoal, de desenvolvimento dos seus talentos naturais e de sua vocação

Sobre os direitos de primeira dimensão, confirma José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior (2012, p. 03):

Os direitos de primeira geração ou dimensão referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos. Surgiram nos finais do século XVIII e representavam uma resposta do Estado liberal ao Absolutista, dominando o século XIX, e corresponderam à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado. Oponíveis, sobretudo, ao Estado, são direitos de resistência que destacam a nítida separação entre o Estado e a sociedade. Exigem do ente estatal, precipuamente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo.

Lima (2020, p. 210) aduz:

Para Luiz Regis Prado, “em um Estado democrático e social de Direito a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”. E reafirma: “quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior

da liberdade - verdadeira presunção de liberdade - e da dignidade da pessoa humana”.

Traz Bottini (2012, p. 191):

Nas palavras do ministro Celso de Mello: “A presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem de impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico [...] que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas.

Ainda, Romano (2019, p. 79) estabelece que o princípio da presunção de inocência “Trata-se de uma verdadeira cláusula pétrea daquelas que não podem ser objeto de reforma constitucional e que protegem uma garantia constitucional”.

Nucci (2020, p. 151) expõe também que:

Analisando a presunção de inocência, Bentham defende a tese de que todo juiz precisa respeitar fielmente esse princípio, adotando a máxima “é melhor deixar escapar um culpado que condenar um inocente, ou, em outras palavras, deve cuidar-se muito mais da injustiça que condena do que da injustiça que absolve.

Da mesma forma, aduz Ferrajoli (2002, p. 441):

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade de inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam *geralmente* punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes *sem exceção* sejam protegidos”. É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexos entre *liberdade* e *segurança* dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”; de modo que, “quando a inocência dos cidadãos é garantida, tampouco o é a liberdade”. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e de *verdade*, mas também uma garantia de *segurança* ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo.

O princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade e até mesmo de princípio do estado de inocência, se trata de uma garantia constitucional que assegura a liberdade individual do acusado, e que é, portanto, segundo Bottini (2012, p.184) “consagrada pela Constituição, sacramentada

por diplomas internacionais e repetidas vezes destacada em decisões judiciais como elemento fundador de um Estado de Direito”, de forma que entende-se que o indivíduo só é considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória imposta a ele por autoridade competente.

Isto é, até que se esgote todos os recursos de direito do acusado e de modo que haja prova em contrário a esta presunção de inocência (*Juris tantum*), incumbindo à acusação o ônus da prova, o que confere ao princípio estudado uma de suas naturezas mais importantes: a natureza de norma probatória, já que o acusado nada tem a provar, isso porque é considerado inocente até sentença condenatória irrecorrível e, portanto, se não houver possibilidade de a acusação provar, mediante provas lícitas e inequívocas, que o indivíduo é culpado, o estado de inocência deste é presumido, já que o princípio também possui natureza de norma de julgamento.

Segundo Romano (2019, p. 78), “a regra trazida nesse magno princípio é de que todos se beneficiam por serem inocentes até prova em contrário”. Isso ocorre pois o acusado só pode ter seu caráter convertido de inocente para culpado quando houver suficiente e lícito material probatório trazido aos autos pela acusação para julgamento, de forma que, se isso não for considerado, haverá desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

Complementando o entendimento de Bottini (2012, p.184) de que o princípio da presunção de inocência é “elemento fundador de um Estado de Direito”, aduz Delmanto Junior (1998, p.15):

E a maior prova de que a rígida e perene observância do princípio favor libertatis, principalmente no processo penal, é tão fundamental quanto a própria manutenção da Democracia, é a verificação de que as ditaduras com frequência se utilizam justamente do processo penal para impor o seu regime de exceção. Em consonância com essa observação, Julio B. J. Maier aduz que o processo penal pode ser visto como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de uma nação

Assim, firma Nucci (2012, p. 264-266):

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. (...) Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. Por isso, caso o réu assuma a autoria do fato típico, mas invoque a ocorrência de excludente de ilicitude ou culpabilidade, permanece



o ônus probatório da acusação em demonstrar ao magistrado a fragilidade da excludente e, portanto, a consistência da prática do crime.

Portanto, por conta do sagrado princípio da não culpabilidade, não há possibilidade de inversão do ônus da prova como ocorre no Processo Civil, já que aqui se lida com um importante direito fundamental: a liberdade, que é tutelada expressamente pelo princípio em questão.

Segundo Brasileiro (2019, p. 46):

Por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal.

Enuncia, ainda, Delmanto Junior (1998, p.15):

A incidência do princípio favor libertatis não se dá, tão-somente, no processo de elaboração dos ordenamentos legais, mas, também, se traduz em uma insofismável diretriz à atuação dos órgãos e agentes estatais na ação judiciária, no sentido de que ela deve ser admitida somente na medida do estritamente necessário à manutenção de harmonia social. E assim enfatiza o ex-primeiro ministro português Marcello Caetano, asseverando que “o valor supremo da sociedade política é a liberdade, consistindo a autoridade num sistema de restrições só admissível na medida do estritamente indispensável à coexistência das liberdades individuais

O impedimento de tratamento do acusado como culpado e condenado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória traz outra de suas naturezas: a natureza de norma de tratamento. Segundo Aury Lopes Junior (2020, p. 141-142), esta pode ser interna ou externa ao processo, de forma que esta vedação de tratamento imposta ao juiz ao abordá-lo como se culpado fosse (antes do trânsito em julgado do processo que o condena de forma irrecorrível) é a norma de tratamento interna ao processo.

De acordo com Gomes e Rêgo (2019, p. 06):

A norma constitucional em foco, ao tempo em que firma direito subjetivo individual, estabelece a correspondente garantia, inserida no rol dos dispositivos constitucionais do processo penal, de que o investigado ou acusado não será tratado juridicamente como culpado, antes do encerramento da relação jurídica processual que instrumentaliza o exercício do ius puniendi estatal. É, pois, uma norma de tratamento. Em sentido figurado, é como se fosse criada uma aura de neutralidade envolvendo a figura do imputado, vedando a imposição do status similar ao do condenado,

enquanto a resposta estatal não for a definitiva, que ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença penal.

Segundo Mendes (2018, p. 835):

Desde logo, assentou o Supremo Tribunal Federal que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória

Por consequência desta natureza que o princípio desencadeia, a liberdade se torna a regra, sendo, portanto, exceção qualquer modalidade de prisão cautelar, que deve ser devidamente fundamentada nos moldes trazidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, internamente, também é possível evidenciar a questão da utilização de algemas no acusado, que deve ser utilizada apenas em casos extremamente necessários, também delineados em lei e em jurisprudências, assim como assevera a súmula vinculante número 11 do STF:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Assim, o julgado a seguir demonstra a correlação entre a regra da vedação de algemas e o princípio da presunção de inocência:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado, indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados suggestionados. (HC 91.952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJe de 19.12.2008.)

Acerca do apresentado, expõe Nucci (2020, p. 1247):

Na doutrina, assevera ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO que “o costume de manter-se o réu algemado durante audiências e sessões de julgamento, sem efetiva necessidade, constitui intolerável assimilação entre a pessoa a ser julgada e alguém cuja culpa já está definitivamente assentada, violando não só a presunção de inocência, mas igualmente o clima de isenção que deve permear as atividades judiciais”.

Já, sob o aspecto externo ao processo, o autor Aury lopes Junior (2020, p. 142) entende que o princípio da presunção de inocência deve proteger o réu de abusos na publicidade realizados pela mídia, que acabam gerando antecipada estigmatização do indivíduo e que, portanto, deve haver um limite sobre isto.

Desta forma, o acusado é considerado inocente durante todo o processo até que transite em julgado sua sentença condenatória final, de modo que a prisão anterior a este evento somente poderá ocorrer quando a própria Constituição Federal permitir, que é o que está evidenciado no inciso LXI de seu quinto artigo:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Como a própria lei destaca, só há possibilidade de prisões anteriores ao trânsito em julgado da sentença condenatória quando forem estas cautelares, não perdendo o acusado, mesmo assim, o seu estado de inocência.

Caleffi (2017, p.14) aponta acerca da possibilidade do duplo grau de jurisdição e do direito de recorrer do acusado que:

O acesso aos recursos até o trânsito em julgado é uma garantia processual enraizada na Constituição, um direito fundamental inegociável de todo o acusado que se vê constantemente afetado por trajetórias jurisprudenciais oscilantes e flexibilizadoras de postulados basilares de nosso ordenamento jurídico.

Porém, esta questão é muito debatida e controversa pelos doutrinadores e, diante de pontuações realizadas por Laurentiis (2012, p. 175):

Por outro lado, sustenta-se que o direito ao duplo grau de jurisdição alonga em demasia a prestação jurisdicional e a torna inefetiva. Sob essa ótica, o princípio da efetividade do processo entraria em rota de colisão com o direito ao processo justo e equânime. Afirma-se, também corriqueiramente, que o duplo grau de jurisdição desprestigia a atividade dos juízes de primeira instância, pois a ampla possibilidade de revisão das decisões de juízes singulares implica presumir constantemente o erro desses magistrados.

Haveria, portanto, uma desconfiança presumida no sistema processual em desfavor dos juizes de primeira instância. Além disso, dado que o juiz de primeira instância relaciona-se diretamente com a prova colhida nos autos e está também mais próximo das partes em litígio, a possibilidade de que sua decisão seja equivocada é menor

Porém, logo após, Laurentiis (2012, p. 175) diverge da sustentação realizada por outros doutrinadores que traz em sua própria obra para evidenciar aspecto controvertido sobre o tema, mas entende que:

Como garantia da realização de um processo justo – na verdade, minimamente justo -, o duplo grau de jurisdição deve ser considerado como uma garantia inalienável inerente ao conceito de Estado constitucional de Direito

Para finalizar a associação entre o princípio do estado de inocência e do duplo grau de jurisdição, Tourinho observa (2019, p. 68):

Enfim: no mundo ocidental, toda pessoa a quem se atribua a prática de uma infração penal, tem o direito de que se presuma sua inocência até que seja reconhecida sua culpabilidade, cabendo explicitar, como observou Canotilho que “o direito de defesa pressupõe a existência de um duplo grau de jurisdição, na medida em que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas “

Deste modo, podemos analisar que o processo pode transitar em julgado em dois momentos: Quando o réu utiliza dos recursos constitucionais de direito para provar a sua inocência ou quando o acusado deixa concluir prazo para recorrer, não recorrendo também a acusação, aceitando, portanto, a conversão de inocente a culpado.

Segundo Delmanto Junior (1998, p. 19):

(...) Em sentido favorável à presunção de inocência, entre outros autores estrangeiros de outrora, podemos lembrar Bettiol, Longui, Pezzatini e Bellavista e, em meio a autores atuais, Esteban Romero Arias, para quem “o direito à presunção de inocência é um ideal, uma forma de ver a realidade”, M. Cobo Del Rosal e T. S. Vives Anton, asseverando que a presunção de inocência deve ser entendida como regra de tratamento, Eladio Escusol Barra, esclarecendo que “todas as garantias em respeito ao acusado descansam em uma base: a presunção de inocência”, e Mario Pisani, lembrado por Antonio Magalhães Gomes Filho, para o qual há uma “presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja, a de garantia de posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal

De acordo com Lima (2020a, p. 215):

Dessa forma, a presunção de inocência eleita pelo legislador constitucional como imprescindível deverá abranger todas as fases do processo penal, trazendo as acusado *garantias* necessárias para que possa defender-se das acusações, restando minimizada a possibilidade de condenação em caso de dúvida, seja esta de autoria, materialidade ou outra circunstância típica. No entendimento de José Faria Costa, “estas garantias evidenciam uma proteção do bem jurídico-penal legitimamente eleito...”. Assim, por este, originam-se as prerrogativas processuais ao acusado e uma segurança jurídica a toda a coletividade, contra abusos pelo poder do Estado e de seus representantes, em especial dos Poderes Executivo e Judiciário.

Dada a importância destas garantias acima expostas por Prado, também se verifica uma importante relação entre o princípio de submissão à jurisdição e o princípio da presunção de inocência. Segundo Ferrajoli (2002, p. 441):

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição - exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) - postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva da condenação. Trata-se, como afirmou Luigi Lucchini, de “um corolário lógico do fim racional consignado ao processo” e também a “primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção juris, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária”. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo.

Como uma junção de todos os outros grandes princípios constitucionais, o princípio da presunção de inocência se inclina para a proteção da dignidade da pessoa humana e torna como regra do ordenamento jurídico a liberdade, de modo que a prisão seria apenas a exceção, que somente é permitida nos casos autorizados pela Constituição Federal.

Deste modo, Laurentiis (2012, p. 185):

Tal acepção do princípio da presunção de inocência justifica-se diretamente pelo reconhecimento do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Assegurando que cada indivíduo seja considerado como um fim em si mesmo, o direito substancial da dignidade da pessoa humana impõe ao estado a obrigação de prover recursos materiais mínimos aos necessitados, além de respeitar limites objetivos em sua ação punitiva

Assim entende Aury Lopes Junior (2020, p. 137):

O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.

Nucci também expõe (2020, p. 138):

O princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado. Tal justa medida não tem o condão de impedir coerções à liberdade, quando indispensáveis para a situação concreta, visando à escorreita apuração dos fatos. A harmonização dos princípios constitucionais é desejável e não pode sofrer de radicalismos: tornar-se réu não significa encarceramento imediato; ser presumidamente inocente não confere imunidade para fugir à aplicação justa da lei penal.

Além da aliança com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência também alcança princípios como o devido processo legal, o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório e o princípio do *in dubio pro reo*, já que, apenas depois de um processo “limpo”, que seguiu todas as etapas e garantias classificadas pela Constituição Federal (como, por exemplo, o direito ao contraditório e à ampla defesa conferido às partes para que a produção de provas ocorra de forma a buscar a verdade real, com participação de terceiro imparcial e competente para julgar, além de duração razoável do processo e garantia de duplo grau de jurisdição, já que somente após a interposição e julgamento de todos os recursos, se interpostos, ocorrerá o trânsito em julgado, que também poderá ocorrer quando as partes optam por não recorrer e o prazo para tal acaba), o indivíduo poderá ser condenado em trânsito em julgado e ser, então, por isto, preso.

Isso somente ocorrerá se as provas confirmarem seu estado de culpado, já que, se houver dúvidas quanto à sua inocência, o princípio da presunção de inocência se aliará ao princípio do *in dubio pro reo*, que preservará o estado de inocência do indivíduo, que, portanto, terá preservado seu direito constitucional de liberdade pessoal e não será condenado, nem preso.

Segundo Lima (2020a, p. 214):

A incidência do princípio da presunção de inocência no âmbito da sentença penal traz instrumentos hábeis para que o julgador, quando da observância das provas trazidas aos autos pela acusação, verificando pela insuficiência probatória, decida pela absolvição do acusado, aplicando-se a máxima *in*

*dubio pro reo* que resulta do princípio da presunção de inocência. Enquanto *regra de juízo* liga-se à estrutura do processo, em particular à técnica de averiguação dos fatos praticados, sendo certo que a sua realização completa apenas se compadece com a estrutura do processo penal “acusatório”, caracterizado pelo fato de o acusado se encontrar desonerado de demonstrar a sua inocência, por contraponto, encontrando-se a acusação obrigada a carrear para o processo toda prova de plena culpabilidade, e ainda pelo fato de, em situação de dúvida, o juiz absolver sem que sobrevenha qualquer consequência negativa, sendo esse o resultado mais esperado.

Assim, de acordo com Brasileiro (2019, p. 46):

Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em um juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo. O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída.

No mesmo sentido, traz Moraes (2019, p. 138):

Importante destacar que, em face do Princípio da Presunção de Inocência, a situação de “*dúvida razoável*” somente pode beneficiar o réu, pois como destacado pelo Ministro Celso de Mello, “nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade

Nucci expõe também (2020, p. 153):

Em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado

Ainda, os parágrafos supracitados são confirmados com o julgado a seguir:

Insuficiência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de inocência. Absolvição. (...) A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, deputado federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. (AP 676, rel. min. Rosa Weber, j. 17-10-2017, 1ª T, DJE de 6-2-2018.)

Como o indivíduo é considerado inocente até sentença condenatória transitada em julgado, é até o momento do trânsito em julgado que o princípio do in dubio pro reo existe.

Para uma reflexão acerca do assunto, traz Nucci (2020, p. 97):

A presunção de inocência, reputando-se inocente o réu até que ocorra o trânsito em julgado da decisão condenatória, alimenta-se do princípio da humanidade, que prevê a ausência de penas cruéis. No entanto, o que pode ser mais cruel do que antecipar a culpa de uma pessoa inocente?

No caso de revisão criminal, instrumento adequado para retificar injustiça e salvaguardar a dignidade da pessoa do condenado, o princípio in dubio pro reo não é aplicado, de modo que, segundo Brasileiro (2019, p. 47):

Na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reum. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal (CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional.

Portanto, no caso de revisão criminal, não há que se falar em princípio da presunção de inocência, já que, se acusado o indivíduo em sentença condenatória irrecorrível, este será considerado culpado e responderá pela pena concreta estabelecida a ele. Diante da possibilidade de revisão criminal, o condenado somente será considerado inocente, se, mediante ônus da prova incumbido a ele, provar sua inocência.

Como união a todos os princípios e para assegurar um devido processo legal, entende Tourinho Filho (2019, p. 01) que, “Esse princípio nada mais representa



que o coroamento do due process of law. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.”

Outra consequência importantíssima derivada do princípio da presunção de inocência é o princípio do "*nemo tenetur se detegere*" (o direito de não produzir prova contra si mesmo), já que, mesmo ficando o réu em silêncio, direito fundamental do acusado, este não pode ser interpretado em seu desfavor, porque o indivíduo será considerado inocente até que se prove o contrário e até que se esgotem todas as possíveis vias recursais. Deste modo, evidencia o artigo 186 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

Deste modo, cabe à acusação o papel de tentar modificar o estado de inocência do acusado através de provas inequívocas.

Nucci revela que (2020, p. 153):

Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo. O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal.

Também é imprescindível relacionar o princípio da presunção de inocência com o princípio da motivação das decisões judiciais, já que é através delas que se analisa se o juiz realmente considerou o estado de inocência do acusado e se chegou à cognição estabelecida através das provas presentes nos autos do processo.

Deste modo, estabelecem Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 1159):

A motivação dos julgados está imbricada com a garantia do devido processo legal. É com a fundamentação da sentença que são explicitadas as teses da acusação e da defesa, as provas produzidas e as razões do convencimento do juiz.

Para complementar, Laurentiis (2012, p. 177) aduz que:

Sistema de pluralidade de graus de jurisdição e publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de parcialidades a pretexto da liberdade interpretativa

Levando em conta o acima exposto referente à aliança dos princípios constitucionais ao também princípio constitucional da presunção de inocência, Capez e Robert evidenciam que (p. 03):

No campo processual penal, devem ser destacadas no art. 5º da CF, as seguintes garantias: (a) ninguém será privado da liberdade ou seus bens sem o devido processo legal (LIV); (b) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); (c) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); (d) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); (e) ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI). Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, conclui-se que essa liberdade constitui a regra a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória.

Também considerando a relação entre o princípio da presunção de inocência e do princípio da duração razoável do processo, afirma Aury Lopes Junior que (2019, p.109):

A demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa àquela e enfraquece esta.

E ainda acrescenta Aury Lopes Junior (2019, p.109 - 110):

A prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobrecusto financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. Não há que olvidar a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que, se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz à inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a “intranscendência da pena” não passar de romantismo do Direito Penal.

Além de causar impactos relevantíssimos na vida de um inocente que é preso e cumpre uma pena que não lhe cabe, também seria uma questão de política criminal somente prender um indivíduo após sentença condenatória irrecorrível, já que, de acordo com Rodrigo Capez (2015, p. 06):

Segundo o “Novo diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil”, divulgado em junho de 2014 pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional da Justiça, a população carcerária no Brasil era de 567.655 presos, dos quais 41% (média nacional) eram provisórios, que aguardavam decisão definitiva.

Isto significa que 41% pessoas estavam presas com possibilidade de recorrer, já que ainda não haviam tido seus processos transitados em julgados, o que demonstra que ainda possuíam a chance de provar suas inocências. De tal forma, assegurar o princípio da presunção de inocência, além de evitar as consequências impactantes na vida do indivíduo, que é o principal, e conferir segurança jurídica, dispensando-lhes das arbitrariedades por parte do Estado, também evita, de certa forma, a lotação do sistema carcerário brasileiro e, mais do que isso, distancia estes indivíduos do convívio criminoso existente nas cadeias brasileiras, que muito influenciam na prática criminosa posterior à prisão, principalmente com relação às organizações criminosas.

Segundo Bottini (2012, p. 187):

Pode-se afirmar que o inciso LVII do artigo 5 da CF se aproxima do conceito de regra constitucional. Ainda que a presunção de inocência seja princípio que decorre da própria igualdade, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, o conteúdo do dispositivo em comento contém um mandamento definitivo, uma determinação aos representantes do Poder Público para que não considerem o cidadão culpado - e não lhe imponham restrições de direito oriundas de um juízo de culpabilidade – antes do trânsito em julgado da ação penal. Não há aqui a generalidade ampla dos princípios, mas um mandamento claro que não parece admitir qualquer restrição.

Apesar de escrito com base em antigo entendimento do STF, o texto Estado de Inocência e Execução Provisória da Pena de Fernando Capez e Hans Robert, estabelece um fundamento comparativo que confere lógica para entender a importância do princípio da presunção de inocência (2019, *online*):

No Brasil é teoricamente possível executar a pena de morte em caso de guerra declarada por crime militar que a estabeleça no preceito secundário (Cf. art. 5.º, inciso XLVII, alínea “a” da CF, c/c., artigos 55, alínea “a”, 56 e 355 do Dec-Lei nº 1.001/69, e artigos 707 e 708 do Dec-Lei nº 1.002/69). Assim sendo, indagamos: a prevalecer a posição atual pela execução provisória da pena, seria possível aplicar a execução provisória de pena de morte? Se a vida não tem devolução, a liberdade, como fator temporal de existência digna, também não.

Isto é, por que não se conferia o mesmo tratamento à liberdade que se trata de bem tão importante quanto a vida e que, para muitos, é até mais importante, cujos quais se negariam a viver sem garantia de sua liberdade pessoal?

De acordo com Delmanto Junior (1998, p. 18):

Assim, ao se desenvolver, o ser humano precisa gozar de liberdade, tanto em seu aspecto negativo (direito de não ser incomodado, ou seja, a intimidade) quanto positivo (direito de livre manifestação e participação no seio social).

Por ser tão fundamental à própria existência humana, a tutela de liberdade, ao lado da dignidade, exsurge, inegavelmente, como um verdadeiro princípio geral do Direito, que está acima da lei escrita, consubstanciando-se em um direito fundamental natural, em virtude do qual sempre, com incansável e perene continuidade, dever-se-á favorecer a liberdade

Para os amantes do cinema, mediante imagens e cores, é possível perceber no filme *O Milagre da Cella 7* a importância que tem o princípio estudado, além da extrema relevância de todas as garantias constitucionais ao indivíduo existentes frente à arbitrariedade do Estado.

No filme, Memo (pai solteiro de Ova e possuidor de deficiência mental), por conta de sua pureza, corre atrás de uma das crianças presentes no local em que estava, que, por sinal, era filha do general, para brincar, mas a menina acaba, por desatenção, tropeçando na pedra em que em cima estava e batendo a cabeça em uma rocha, caindo no mar e falecendo. Memo, desesperadamente, tenta acudir a garotinha e é encontrado com a mesma em seus braços pelo pai da menina e seus militares, que interpretam que Memo havia a matado. Memo é preso, espancado, torturado e condenado à morte, mas não morre por questões que fogem ao direito em si, pois se o rumo esperado fosse seguido, teria ele sido enforcado mesmo sendo inocente.

Com a efetivação do princípio aqui destacado, antes de ser considerado culpado por sentença condenatória proferida por um juiz, ele teria o direito de recorrer desta, além de ser tratado como inocente até o momento do trânsito em julgado do processo que o acusava. Também evitaria sua prisão (se não fosse a ele imposta uma cautelar amplamente fundamentada), até mesmo a tortura e os espancamentos que sofreu, já que ainda seria considerado inocente, de forma que nenhum indício poderia fazer com que o tratassem de forma diferente, porém, é de extrema importância evidenciar que nem mesmo após sentença condenatória irrecorrível é possível torturar, nem mesmo lesionar condenados.

Assim, pelo conjunto do exposto, enuncia Moraes (2019, p. 140):

A presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Lima afirma (2020, p. 223):

Deverão conviver de forma uníssona todas as garantias constitucionais, em que impere o devido processo legal, o princípio da presunção de inocência, a correta colheita e apreciação das provas, e na sua dúvida à absolvição calcada na máxima do *in dubio pro reo*, respeitando todos os seus limites para que cada vez mais o processo penal espelhe um cristalino sentimento de justiça. De resto, será a eficácia do *sistema* que dirá sobre sua validade e venceremos o medo do máximo securitaríssimo e da tênue efemeridade.

É importante também trazer o pronunciamento sobre o tema do ministro do STF Celso de Mello, o qual afirma que:

Não podem repercutir, contra o réu, situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído. (RTJ 139/885, Relator Ministro Celso de Mello).

Portanto, para finalizar o estudo apresentado neste capítulo, observa Delmanto Junior (1998, p.15):

Em sendo a proteção dos direitos individuais naturais a fonte de toda a ordem jurídica, [...] o processo penal exsurge sobretudo como instrumento de tutela da liberdade, impondo limites ao Estado, e não simplesmente como um mecanismo que vise, tão-só, dar meios aos órgãos e agentes estatais para a descoberta da verdade e viabilizar a punição ou a imposição de medida de segurança àqueles que tenham violado a lei penal

Findo o estudo relativo ao conceito e à natureza do princípio em questão, passa-se a analisar a evolução histórica desta garantia fundamental.

### **3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA**

Para introduzir o estudo da evolução histórica pretendida, é necessário começar com a percepção grega e romana acerca das penas durante a Idade Antiga, fase esta que se trata do período delimitado entre o surgimento da escrita, bem como das primeiras civilizações, e a queda do Império Romano do Ocidente, momento que, então, encerrou-se a Idade Antiga e principiou-se a Idade Média.

Segundo Carvalho (2017, p. 01):

A vingança privada tinha seu fundamento dentro da simples retribuição do mal causado pelo transgressor [4]. Ao ser violado de alguma forma, o indivíduo poderia voltar sua ira contra aquele que lhe causou o mal, bem como também poderia fazê-lo os seus parentes ou o grupo do qual fazia parte. Não havia limitação ao mal que o ofendido poderia causar ao transgressor, ou seja, agiam sem proporção ao mal causado, podendo até mesmo atingir o grupo ao qual o ofensor pertencia.

No período vivenciado por povos primitivos, a primeira “pena” foi estabelecida como uma vingança privada, a qual se tratava de uma realidade sociológica, ainda não sendo uma instituição jurídica, já que o homem havia um impulso natural pessoal de vingança e a realizava por conta própria, sem proporção à ofensa, isto é, não havia limites, podendo atingir não só ao ofensor, como a todo o seu grupo, de modo que, desta forma, houve a primeira grande marca e revelação de um futuro direito penal.

Assim como no mundo animal, diante da existência da chamada “Lei do Mais Forte”, os homens, no período da vingança privada, utilizavam de suas forças, quase sempre físicas, para vencer seus inimigos, o que era realizado para a ratificação do instinto de defesa privada e proteção própria, efetivada pelo específico indivíduo em questão, espontaneamente, e de forma livre.

De acordo com Aguiar (2016, p. 01):

Esta ligação foi definida por Eric Fromm como sendo um vínculo de sangue, ou seja, era um dever sagrado que recaí num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, como forma de reação a uma conduta anterior.

Ainda dentro da fase da vingança privada, ocorreu o que se chama de vingança coletiva, em que os grupos primitivos se vingavam coletivamente do ofensor, com possibilidade, por exemplo, da perda da paz, que se tratava de uma hipótese em que o agressor era expulso do grupo em que costumava conviver e passava a ser

considerado como um verdadeiro animal, se tornava um lobo e poderia ser caçado e morto.

Ainda segundo Carvalho (2017, p. 01):

As penas de banimento eram aplicadas quando o ofendido fazia parte do grupo, todavia, quando o ofensor pertencia a outro grupo, aplicava-se a “vingança de sangue”, onde o grupo ao qual o membro ofendido pertencia guerreava contra o do ofensor.

Portanto, também estabelecida dentro da vingança privada, a vingança de sangue se tratava da ocorrência de lesões retribuídas entre tribos rivais, isto é, realizava-se quando um membro de uma tribo era atingido por um indivíduo integrante da outra, de forma que, por conta de uma agressão (como o furto de um cavalo), uma tribo poderia até mesmo extinguir a outra. Deste modo, é possível observar que ocorria extrema desproporção entre o crime e a “pena”.

De acordo com o acima exposto, não havia presunção alguma de inocência nesta fase, já que o indivíduo, sentindo-se ameaçado da forma que fosse, singularmente ou em grupo, partia para o ataque de seu inimigo, sem possibilidade de debates, defesas e nem mesmo de explicações sobre o ocorrido na grande maioria das vezes e, ainda, sem acompanhamento de terceiro imparcial para analisar o ocorrido e sem possibilidade alguma de provar sua inocência. O que se prezava era a defesa e proteção própria através do instinto natural, não importando o que de fato havia ocorrido. Ainda é possível notar que, pelo fato de a punição ser realizada pelo próprio indivíduo que sofreu a agressão, há, de certa forma, uma presunção de tipicidade dirigida ao agressor, porque, frente à emoção do insultado e diante da afronta realizada, o ofendido tinha a certeza de culpa por parte do provocador da ofensa.

Com a evolução que foi sendo observado, duas grandes regulamentações se fundamentaram na vingança privada: A lei de Talião e a Composição.

Segundo Bitencourt (2018, p. 85):

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A lei de talião foi adotada no Código de Hamurabi (Babilônia), no êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas (romanos).

Ainda de acordo com Carvalho (2017, p. 01):

Por tratar-se de uma forma de agressão, era comum que se desse início a círculos viciosos de agressões que acabavam com o fim de um dos grupos, assim, para evitar o extermínio dos clãs, surge uma noção primitiva do conceito de proporcionalidade com a lei de talião, com a sua máxima “olho por olho” e “dente por dente”. Embora seja um conceito arcaico, é nítida a limitação que se impõe ao castigo que alguém pode infligir a outrem quando a punição é quantificada pela lei de talião, tirando o limite das mãos do ofendido e transferindo para uma regra genérica.

Frequentemente denominada de Pena de Talião, conhecida pela expressão “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente”, esta não se tratava precisamente de uma pena, mas sim de um instrumento moderador da pena, já que, a partir dela, executava-se ao ofensor o mal que ele causou na mesma proporção em que foi praticado, isto é, diante desta evolução, foi observado um importante progresso: o limite à reação do ofendido, que antigamente não existia. Porém, apesar da evolução, a justiça ainda era realizada pelas próprias mãos.

Era o que ocorria, por exemplo, quando um indivíduo furtava algum bem de outro. O agressor do bem era penalizado com a amputação da mão, já que, com a utilização dela, realizou o furto. O ofendido não poderia matar o agressor neste caso, já que a sanção deveria ser limitada à agressão cometida. Mas, no caso de o indivíduo matar outra pessoa, era, então, tirada também a sua própria vida. A lei de Talião, portanto, trouxe um princípio de proporcionalidade, isto é, a penalidade ficava reduzida ao que se fez.

Para completar o avanço ocorrido durante o período em que os indivíduos se manifestavam através da vingança privada, verificou-se uma nova forma de se aplacar o rigor da pena.

De acordo com Bitencourt (2018, p. 85-86):

No entanto, com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a *composição*, sistema através do qual o infrator *comprava* a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal.



Por meio da composição, o infrator realizava um acordo com o ofendido para resolver o dano resultante do delito e se liberava do castigo através da compra de sua liberdade mediante o pagamento em moedas, gados, armas, bem como outros bens economicamente interessantes. Trata-se de outro progresso, já que trouxe mais proporcionalidade que a Lei de Talião, lei em que a pessoa ainda poderia pagar com própria vida.

Diante dessa evolução, o infrator que havia roubado um cavalo, por exemplo, podia conquistar sua liberdade ofertando dois cavalos.

Apesar do progresso que o instituto da Lei de Talião trouxe, é possível ainda observar uma presunção de tipicidade, isto é, verifica-se que não havia nenhuma possibilidade de presunção de inocência, já que, apesar de estabelecido um limite para a punição, o fato ensejador do castigo continuava não sendo analisado por terceiros imparciais, sem possibilidade de defesa ou debates por parte do agressor e de forma que a punição fosse efetuada pelo próprio ofendido que, grande parte das vezes, sob emoção, nem mesmo escutava o que o agressor tinha a dizer e aplicava, assim mesmo, a punição desejada.

Em relação a presunção de inocência, não houveram grandes mudanças trazidas pelo instituto da Composição, já que, se o agressor não realizasse acordo com o ofendido mediante pagamento de sua liberdade, seria, então, castigado de qualquer forma. Logo, não há de se falar em presunção de inocência e sim de presunção de tipicidade, pois, realizando ou não o pagamento, o agressor era considerado culpado, isto porque o “julgador” em questão era o próprio ofendido.

A partir da denominada vingança divina, começou a ocorrer uma confusão entre crime e pecado e, também, entre direito e religião.

Aduz Bintecourt (2018, p. 84):

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou, melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente *desproporcional*, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça.

Portanto, esta influenciou decisivamente a vida dos povos antigos, que acreditavam que as divindades cultuavam, gratificavam ou reprimiam o corpo social

em conformidade com o seu comportamento. Deste modo, os preceitos de cunho meramente religiosos ou morais tornavam-se leis vigentes. Nesta fase, a finalidade da repressão ao delinquente era aplicar a ira de seus deuses ofendidos pela prática do crime, bem como castigar o infrator, de modo que as penas tinham uma aplicabilidade reparatória, já que o indivíduo deveria se confessar e se desculpar perante Deus e, então, reestabelecer a plenitude da coletividade perante aos seres sobrenaturais ofendidos.

Segundo Bitencourt (2018, p. 85):

Esta fase, que se convencionou chamar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação. Pode-se destacar como legislação típica desta fase o Código de Manu, embora legislações com essas características tenham sido adotadas no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta), em Israel (Pentateuco) e na Babilônia.

Aplicava-se para isso penas extremamente severas e desumanas, essencialmente sacrais, com utilização da violência física como meio atemorizante. Os legitimados e responsáveis pela administração da sanção penal eram os sacerdotes, que, como mandatários dos seres divinos, encarregavam-se da justiça, mas o entendimento era de que as penas eram aplicadas porque Deus queria.

A pena de morte era aplicada nesta fase por motivos que no direito penal atual são considerados insignificantes. Desta forma, percebe-se que as penas eram severas e cruéis.

Já com uma melhor organização da sociedade, em especial no que se refere ao desenvolvimento do poder político, manifesta-se, no contexto das comunidades, a imagem do comandante, do líder ou da Assembleia. Nesta fase, a sanção passa a ser determinada obrigatoriamente por uma autoridade pública que se apresenta em nome de Deus: o soberano, de forma que este o fazia em nome da sociedade como um todo. É o que aduz Bitencourt (2018, p. 86):

Mas, com a melhor organização social, o Estado afastou a vindita privada, assumindo o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, surgindo a vingança pública, que, nos seus primórdios, manteve absoluta identidade entre poder divino e poder político. A primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época. Mantinha-se ainda forte influência do aspecto religioso, com o qual o Estado justificava a proteção do soberano. A Grécia, por exemplo, era governada em nome de Zeus; a Roma Antiga recebeu, segundo se acredita, a Lei das XII Tábuas.

O avanço desta fase se dá pela aplicação da pena monopolizada por um órgão Estado e não mais aplicada por terceiros. O problema é que a responsabilidade do controle da sociedade era realizada pelo monarca, que acabava cometendo diversas arbitrariedades.

Ainda de acordo com Bitencourt (2018, p. 86):

Finalmente, superando as fases da vingança divina e da vingança privada, chegou-se à vingança pública. Nesta fase, o objetivo da repressão criminal é a segurança do soberano ou monarca pela sanção penal, quem mantém as características da crueldade e da severidade, com o mesmo objetivo intimidatório.

Depois de muita evolução, instituiu-se o Direito Penal Romano, que é até hoje de grande valia para o direito como um todo, sendo adotado por vários Estados. Inclusive, é com base nele que se originou o sistema penal brasileiro, assim como aduz Bitencourt (2018, p. 86-87):

O Direito Romano oferece um ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o moderno.

Este sistema romano dividiu os delitos em *crimina publica* e *delicta privata*, de modo que os *crimina publica* seriam os delitos mais graves julgados pelo Estado, apresentado através do magistrado, e os *delicta privata*, menos graves e reprimidos por particulares. Outro grande avanço instituído nesta fase foi a separação entre o direito e a religião. Além disso, em regra, a pena se tornou pública e as sanções foram atenuadas, de modo que a pena de morte foi praticamente abolida, já que foi substituída pelo exílio e pela deportação.

Segundo Bitencourt (2018, p. 87):

Ainda nos primeiros tempos da realeza surge a distinção entre os crimes públicos e privados, punidos pelos *ius publicum* e *ius civile*, respectivamente. Crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados - delicta - por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto, dano, injúria etc. O julgamento dos crimes públicos, que era atribuição do Estado, através do magistrado, era realizado por tribunais especiais, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu exercício. Os crimes privados pertenciam ao Direito privado e não passavam de simples fontes de obrigações. Na época do império surge uma nova modalidade de crime, os crimina *extraordinaria*, “fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto.

Mais uma contribuição de notável serventia foi a criação dos princípios penais sobre o erro, o dolo, a culpa, a legítima defesa, entre outros. Trouxe a importante ideia da responsabilidade subjetiva, assim, só respondia por crime quem o praticava culposa ou dolosamente. É importante destacar que, aqui, o castigo realizado variava conforme a condição financeira do indivíduo.

Bitencourt (2018, p. 88), nesse sentido destaca que, “Nessa época, os romanos dominavam institutos como o dolo e a culpa, agravantes e atenuantes na mediação da pena.”

Diante de todo o exposto, é notório perceber a grande contribuição do direito penal romano para a evolução do direito penal.

Aury Lopes Junior (2020, p. 135) destaca que:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No Directorium Inquisitorum, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação.

Também é importante observar a grande marca que o Direito Penal Germânico trouxe: os costumes, já que não havia lei escrita. Prevalencia nesta modalidade a vingança privada, com reação indiscriminada do ofendido.

De acordo com Welzel, (1997, p. 10):

Para os germanos, a maioria dos ‘malhechos’ (Missetaten) apareciam como lesões ao grupo familiar (Sippe). Eles autorizavam e obrigavam o grupo

familiar – quando não se demandava sanção reparatória (Busse) – a vingança de sangue (Bleutrach, Fehde), que terminava com um convênio de expiação (Sühnevertrag). Somente em muitos poucos malfeitos se viu uma ruptura da paz de todo o povo (por ex., na traição de guerra, na deserção, nos perjúrios etc.); sobre o autor recaía a perda da paz e poderia ser morto por qualquer pessoa, sem necessidade de sanção reparatória.

Diferentemente do direito penal romano, havia, aqui, o entendimento de uma responsabilidade objetiva, isto é, não se dava atenção para a existência de culpa ou dolo. Bastava que o agente tivesse causado o fato e, então, seria presumidamente considerado culpado. Por assim entender, não havia diferença entre dolo, culpa e caso fortuito, já que todas as modalidades eram punidas da mesma forma.

Assim como o conhecido ditado popular enuncia: “O inferno está cheio de boas intenções”, o entendimento que prevalecia no direito penal germânico era de que as intenções não deveriam ser consideradas, de modo que somente os fatos eram levados em conta, pois “o fato faz o homem”. Porém, esta responsabilidade objetiva apresentada não era absoluta, já que apresentava algumas exceções, como, por exemplo, no caso de o indivíduo possuir intenção de cura, quando havia erro em relação ao alvo em uma caçada ou ainda quando ocorria corte de árvores e um troco caísse acidentalmente em alguém. Nesses casos, o agente não responderia pelo crime.

Ainda segundo Welzel, (1997, p. 10):

A essência do malfeito se via na produção antijurídica de uma lesão, sem (especial) consideração do aspecto volitivo. ‘O fato mata o homem’. Por isso se respondiam também por atos culposos e casuais (Ungefahrwerk), enquanto que a tentativa, pelo contrário, permanecia fundamentalmente impune. Isto não significava, porém, uma cegueira frente ao aspecto volitivo, mas somente uma arcaica responsabilidade pelo *típico*: o fato lesionante implica *tipicamente* a vontade lesionante. Daí se explica que certos casos típicos, em que falta a vontade no mais das vezes (por exemplo, matar ao cortar árvores), foram apenados com menor severidade e, por outro lado, casos típicos de tentativa sem resultado de lesão (p. ex., sacar a faca) caíam sob pena. (não entendi). Uma clara consideração do aspecto volitivo aparece nos perjúrios especialmente infamantes ou nas condutas de motivação abjeta (‘Neidingswerke’), e sobretudo nos fatos encobertos, como assassinato ..... e o furto entre outros (em oposição àqueles delitos ‘mais honestos’, por serem cometidos em descoberto, como o homicídio ou roubo com violência nas pessoas). A acentuação do aspecto do fato e do resultado permanece, porém, como uma característica do Direito Penal alemão mesmo dentro do Código

As penas eram cruéis e severas, sendo aplicadas as chamadas ordálias, que se tratavam de provas e obstáculos muito cruéis que o indivíduo deveria suportar para provar sua inocência, já que, entendia-se que caso o sujeito fosse realmente

inocente, Deus o protegeria e realizaria um milagre para que os efeitos dos desafios fossem resistidos pela pessoa em questão. Portanto, acreditava-se em uma interferência divina, que determinava a inocência ou não do indivíduo.

De acordo com Tourinho (2019, p. 60-61):

Havia vários tipos de ordálios, sendo os mais famosos, pelo menos na Inglaterra, o do ferro em brasa, o do pão seco com queijo e o da água fria: o suspeito tinha que segurar um ferro em brasa e se nada lhe acontecesse era considerado inocente; obrigar o suspeito a engolir um pedaço de pão seco misturado com queijo, abençoados pelo padre; se engolisse seria inocente; amarrá-lo e jogá-lo na água, se viesse à tona era culpado... Entendia-se que Deus intervinha favor de quem fosse inocente e nada aconteceria ao suspeito

Existiam muitas modalidades de ordálios, como os duelos (em que duas pessoas, a cavalo ou a pé, disputavam determinada prova, sendo o derrotado castigado pelo crime e o campeão visto como inocente), exposições a animais selvagens temíveis, provas de água fervente, ferro em brasa, entre outros. Este último se tratava da preparação de um ferro pelo sacerdote para que o acusado o segurasse por cerca de 3 dias. No caso de o indivíduo não apresentar feridas, este era considerado inocente. Caso contrário, seria condenado. Porém não eram desumanos todos os casos. Alguns juízes estabeleciam uma oração por parte do acusado, já que se entendia que se este fosse realmente culpado, o mesmo não conseguiria completar a oração por se tratar de um herege.

Posteriormente, influenciado o direito pelo cristianismo e pelo Direito Penal Romano, adotou-se a Lei de Talião, devidamente evidenciada neste trabalho. Seguindo também o disposto pelo Direito Penal Romano, o Direito Penal Germânico entendia que o castigo deveria variar a depender da condição financeira do indivíduo.

Diante da ideia da responsabilidade objetiva, não existia divergência entre a culpa, o dolo e o caso fortuito. Portanto, o indivíduo era considerado culpado quando sua ação causava um resultado considerado como delito, mesmo que independentemente de sua vontade, mediante imprudência, imperícia ou negligência ou ainda mesmo que por caso fortuito. Deste modo, bastava que a conduta fosse realizada e causasse um resultado.

Na presença do aludido, é possível perceber que havia uma inversão da presunção de inocência, já que era presumido culpado o indivíduo de qualquer forma, até mesmo quando ocorrido caso fortuito, desde que sua conduta causasse o resultado.

Já o chamado direito penal canônico, conhecido como o direito penal da igreja, contribuiu decisivamente para a humanização do Direito Penal, já que, pelo fato de os indivíduos serem feitos à imagem e semelhança do Senhor, proclamou-se a igualdade entre os homens. Destacou-se também a importância do aspecto subjetivo do crime, além de tentar-se abolir as ordálias e os duelos judiciários.

Diante do ensinado por Tourinho (2019, p. 60):

O papa Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão, aboliu os ordálios ou juízos de Deus (*judicium Dei*) - sentença divina - (ordálias, na Espanha; ordalie, na França; ordeal, na Inglaterra; e ordal, na Alemanha), por volta do século XIII, proibindo os padres de participarem daquele engodo, segundo o qual a Igreja Católica encarregava um padre (enganado a população crédula) de procurar saber se o suspeito era culpado ou inocente.

Lima (2020a, p. 202) aduz:

O processo penal vigente entre o século XI até o fim do século XVIII na Europa apresentava-se enraizado nos fundamentos do *direito romano canônico*, sendo preponderante seu caráter inquisitório, com supremacia da autoridade do Estado (em seu significado lato) sobre a *liberdade individual* como uma das formas de controle dos delitos, bem como, pela presente e *inescusável verdade acusatória* e de seus métodos de indução em busca da *confissão do suspeito*, e sua consequente condenação pela imputação do divino criminal.

Tourinho (2019, p. 61) ainda acrescenta sobre a abolição das ordálias:

Em face da sua extinção, a Grã Bretanha escolheu a instituição do Júri e na Europa Continental, o próprio Inocêncio III adotou o processo inquisitivo, em que as funções de acusar, defender e julgar ficavam nas mãos de uma mesma pessoa – Bispo ou Arcebispo. Era o Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição, encarregado de condenar as heresias. O suspeito era sempre culpado. As penas bastante cruéis).

O processo era secreto. Como não havia acusador, o Bispo ou Arcebispo louvavam-se nas denúncias anônimas lançadas nas denominadas bocças de laverità.

Deste modo, as penas foram mitigadas e passaram a ter como fim não somente a expiação (purificação dos crimes), como também a regeneração. Entretanto, não se pode esquecer os excessos da Inquisição, lembrando que a pena de morte ainda era aplicada constantemente.

Em relação ao direito penal comum medieval, que ocorreu no período da Idade Média, tendo influência recíproca dos direitos romano, canônico e bárbaro,

havia convivência com a aplicação da pena de morte, a qual era executada de formas cruéis, como na fogueira, por afogamento, soterramento, enforcamento, dentre outras formas desumanas.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 441):

Considera-se que, apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média, bastando recordar que, “no processo penal medieval, a insuficiência da prova, conquanto deixasse de subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve

Aqui, as penas continuavam sendo desiguais, já que dependiam da situação econômica dos acusados. Era muito comum a realização de confisco, mutilação, açoites, tortura e de penas infamantes, assim como a aplicação de ordálios, penas bastante citadas pelo conjunto de obras literárias da Idade Média, principalmente como críticas à igreja católica.

Assim como estabelece Tourinho Filho (2019, p. 1-2), “Até o final do século XVII e início do século XVIII, tanto o Poder Temporal como o Secular usaram e abusaram do suplício, da tortura e das prisões subterrâneas. Horríveis.”

Nesta fase, o caráter público do Direito Penal tornou-se exclusivo, sendo exercido em defesa do Estado e da religião, de forma que havia certo arbítrio judiciário, o que causava uma atmosfera de incerteza, insegurança e temor. Diante desta exclusividade estatal para aplicação de pena e do caráter inquisitório do processo, a autoridade do Estado que conduzia o processo, levava o indivíduo à confissão como forma de controle aos crimes e tomava como imprescindível um julgamento divino, que condenava ou não o indivíduo através das formas tortuosas acima citadas.

Segundo Tourinho Filho (2019, p. 61)

O próprio arcebispo e bispo investigavam e julgavam, e na investigação havia toda sorte de tortura em busca da confissão, a rainha das provas. As penas impostas aos hereges, aos blasfemadores, às feiticeiras e às bruxas eram terrivelmente impiedosas. Horríveis os atos praticados pelo Tribunal do Santo Ofício, ou Santa Inquisição, no julgamento dos crimes que atentavam contra a fé católica: diversos tipos de mutilação, o ferrete em brasa, a fogueira, a morte na roda [...] E as monarquias adotaram o mesmo sistema inquisitório

Diante da intensa evolução do comércio, da acentuada expansão marítima, territorial e cultural e da tendência da sociedade a inclinar-se aos valores



burgueses, muitas transformações ocorreram na Europa, a qual deixou para trás a tão apreciada supremacia divina e admitiu, então, o ser humano como ser racional, o que permitiu valorizar a atividade lógica, visto que esta possibilitava (e ainda possibilita) muitos benefícios para a coletividade, como conhecimentos científicos, literários, criações artísticas e culturais, entre outros. Este novo raciocínio inseriu o ser humano como o centro do universo, estudo atualmente conhecido como “Antropocentrismo Renascentista”. Desta forma, é possível visualizar a evolução e a alteração de preceitos entre os períodos da Idade Média e do Renascimento. A modificação ocasionou um novo pensamento social, conceituado como Renascimento por ser entendido como algo novo, contrário à época da Idade Média.

Sob o aspecto jurídico, a transformação também foi expressiva, já que, segundo Francesco Calasso, junto ao Renascimento, cresceu uma “ameaçadora sombra do *princeps ab legibus solutus* e a estrutura maciça do Estado *omnipotente*”, o que desembocou no processo do absolutismo, que, assim como sugerem as expressões acima, trouxe uma estrutura de poder onipotente, absoluta, totalmente concentrada nas mãos do “príncipe” (do rei) e sem dependência alguma de outro órgão. Este sistema obteve anuência e proteção da nobreza, já que a classe se tornou destinatária de vários benefícios, privilégios e pensões.

De acordo com Foucault (2002, pp. 35-36):

Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer, dizia a respeito da instrução, o édito de 1498. De acordo com a Ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar os depoimentos, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações [...] O estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juizes um poder absoluto e um poder executivo.

Muitos foram os autores que se reservaram a escrever sobre esta forma de governo, mas Nicolau Maquiavel destacou-se com sua obra “O Príncipe”, que foi utilizada até mesmo por Napoleão, já que se transformou em uma grande obra do absolutismo. Nela, Maquiavel determinou-se em indicar como o “príncipe” deveria

governar, quais comportamentos deveria conter em geral para obter segurança e bem estar social.

Portanto, Maquiavel evidencia que (2010, p. 52):

Não é necessário a um príncipe ter todas as qualidades mencionadas, mas é indispensável que pareça tê-las. Direi, até, que, se as possuir, o uso constante delas resultará em detrimento seu, e que, ao contrário, se não as possuir, mas afetar possuí-las, colherá benefícios. Daí a conveniência de parecer clemente, leal, humano, religioso e íntegro, contanto que, em caso de necessidade, saiba tornar-se o inverso.

Em uma interpretação da obra acima exposta, Lairton Moacir Winter (2006, p. 127) estabelece que, segundo o trabalho de Maquiavel:

Qualquer regime político - tenha a forma que tiver e tenha a origem que tiver - poderá ser legítimo ou ilegítimo. O critério de avaliação, ou o valor que mede a legitimidade e a ilegitimidade, é a liberdade.

Entendia, portanto, que o monarca deveria ser determinado, leal, defensor fiel de seu povo e que não deveria direcionar sua nação à falência. Maquiavel expôs, porém, uma frase que ficou muito famosa e que representa muito bem a conduta que o autor acreditava que o “príncipe” deveria observar: “É melhor ser temido do que amado”, já que a neutralidade era entendida como desprezível tanto por aliados quanto por inimigos, e que, para estes últimos, a crueldade deveria ser necessariamente utilizada para manter a paz social e a ordem. Mas não só para eles, já que, diante de uma dificuldade, até mesmo seus aliados poderiam se revoltar caso o príncipe fosse um soberano amado, considerando, portanto, o amor como um sentimento transitório, diferentemente do medo, o qual persistiria inclusive e principalmente nos momentos de obstáculos.

Gomes e Rêgo asseveram que (2019, pp. 4-5):

Aduz Roxin que o processo penal do Estado absoluto foi destruído pela Ilustração e pelo liberalismo construído sobre sua ideologia, à luz dos três princípios fundamentais do novo modelo estatal com significado decisivo para a reforma processual penal. Do princípio da divisão de poderes, se derivou a independência dos juízes que, de tal modo, deveriam ser colocados em uma situação de equilíbrio imparcial entre o benefício coletivo e os interesses individuais. O reconhecimento de direitos fundamentais precedentes do Estado teve como consequência que o imputado foi reconhecido como sujeito do processo e foi dotado de direitos autônomos, dos quais os mais importantes foram o direito ao respeito da dignidade humana e o direito amplo à defesa. E, finalmente, o princípio de reserva de lei garantiu que a

intervenção do Estado na esfera de liberdade do imputado só se levaria a cabo conforme as leis.

Assim, neste contexto, como revolta contra o sistema que tomava conta da situação a partir da revolução francesa, surgiu o Iluminismo, corrente filosófica que seguia a concepção criada pela Revolução Francesa.

De acordo com Lima (2020, p. 206):

Embora a origem da máxima *in dubio pro reo* possa ser vislumbrada desde o direito romano, especialmente por influência do Cristianismo, o princípio da presunção de inocência - regra tradicional no sistema da Common Law - insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII, fundamentada pelo pensamento iluminista.

Todavia, apesar da origem remota do referido postulado, podemos dizer que a presunção de inocência é hoje um instituto de direito processual penal - já antecipado em parte alguma característica do tema - resultante da influência iluminista, presente na obra de Montesquieu que no clássico *O espírito das leis* defende a ideia de o homem responder por seus atos dentro de sua esfera de liberdade. Em outras palavras, tudo pode ser feito, se permitido por lei e, se esta for violada, faz-se necessária a presença de prova eficaz para que o Estado possa exercer o *jus puniendi*.

Tourinho Filho esclarece que (2019, p. 62):

No começo do século XVIII, denominado Século das Luzes ou Iluminismo, quando começaram a florescer ideias humanitárias lançadas pelos juristas como Voltaire, Montesquieu, D'Alembert, Diderot, J. J. Rousseau com o seu famoso Contrato Social, dizendo que se todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, nada justificava os suplícios sofridos por muitos e impostos por alguns. A liberdade é uma condição necessária para a vida na comunidade. Como na família, os homens devem viver numa sociedade, com respeito ao soberano. Se algum membro transgredir as regras vigentes, será punido por um magistrado [...] Aos 26 de agosto de 1789, "os representantes do povo francês, constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolvem expor, em declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem... Consequentemente, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão" (VOLVELE, Michele. A Revolução Francesa – 1789-1799. São Paulo: Unesp, p. 70).

Ainda, Delmanto Junior evidencia que (1998, p.15):

Dada a sua relevância, o processo penal encontra, como é cediço, além de inúmeras preceituações em nível ordinário, regramentos de índole constitucional, ou seja, normas processuais penais constitucionais, espelhando-se o princípio *favor libertatis*, aí, na garantia da presunção de inocência, a qual já aparecia no artigo 9 da Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão de 1789, fruto do movimento iluminista, com vistas a banir, naquela época, o sistema da prova legal e da tortura, buscando-se a implementação do sistema da livre apreciação da prova e eliminando, outrossim, o pensamento de que o suspeito é que deveria provar a sua inocência perante a sociedade, como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho.

Aduz também Bottini (2012, p. 185):

Nos anos do Iluminismo, no século XVII, juristas e pensadores defendiam a importância de resguardar o cidadão de qualquer restrição de direitos sem uma decisão judicial que corroborasse a acusação. Para isso, erigiu-se a ideia de que todos são inocentes até manifestação judicial definitiva em contrário. Em outras palavras, o cidadão somente sofrerá consequências de sua culpa penal após decisão final do Poder Judiciário.

Cita o período o ministro Marco Aurélio em seu voto do HC 126.292:

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime (Supremo Tribunal Federal - STF - Habeas Corpus 126.292. Ministro Relator: Marco Aurélio Mello)

Neste período, portanto, passa-se a questionar o fundamento do direito de punir e a legitimidade das penas, de modo que se pregou, portanto, a reforma das leis e da administração da justiça penal, que deveria ser limitada pela lei moral e não mais pela religião. Houve grande influência e filósofos como Rousseau, Montesquieu, Beccaria, este que teve importante pronunciamento em relação à presunção de inocência:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força, pode, portanto, dar autoridade a um juiz para infligir uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2008, p. 37.)

Prado ensina (2020, p. 206):

Na esteira do seu entendimento, o homem - acusado - não poderá ser culpado antes da sentença condenatória do juiz, tampouco a sociedade poderá negar em seu favor sua proteção pública, senão quando se alcançar a certeza de que realmente violou aquele pacto outorgado à sociedade,

comprometendo-se apenas em razão das limitações impostas pelo natural convívio em sociedade. Refere-se, aqui, ao pacto decorrente do Contrato Social de 1748, no pensamento de Jean-Jacques Rousseau.

O período do Iluminismo, portanto, foi muito importante para o racionalismo do homem, que trouxe relevantes mudanças ao cenário mundial, de forma que, através dele, instaurou-se uma oposição ao modelo político que era, então, vigente: o absolutismo. Ergueu-se o Estado de Direito, trazendo consigo os princípios da legalidade e da presunção da inocência, este aqui tratado especificamente. Deste modo, é possível perceber que o princípio da não-culpabilidade criou suas raízes e foi, então, positivado no período do Iluminismo, no artigo nono da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.

Isto posto, segundo Delmanto Junior (1998, p.18):

A partir do momento em que esse princípio fundamental do Direito é reconhecido e reafirmado expressamente pelas codificações dos povos civilizados, a tutela da liberdade adquire, ainda mais, irrefutável conotação de liberdade jurídica, coibindo-se ingerências arbitrárias, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade, nas esferas mais íntimas de cada um, bem como também vedando-se injustificáveis impedimentos a uma ativa participação na sociedade, como pode se dar com a exclusão social de uma certa parcela de cidadãos em virtude, por exemplo, de racismo ou preconceito

Sobre o princípio, constatam também Gomes e Rêgo (2019, p. 3-4):

As raízes estão no movimento iluminista, de ruptura com o procedimento inquisitório da idade do terror, marcado por acusações secretas e torturas, em que se partia da presunção da culpabilidade e que o acusado, desprovido de qualquer garantia, não passava de mero instrumento do processo e não o contrário. Adquire relevo a presunção de inocência como preocupação humanística de tratar os acusados com igualdade, pois poderiam ser tanto culpados como inocentes, uma preocupação que se dizia de sociedade civilizada.

Desta forma, a punição do agente (necessária para a harmonia da coletividade) só seria possível após etapa estabelecida democraticamente, garantida a qualquer pessoa que fosse acusada de um crime, o que oferece, então, segurança jurídica, mais uma importante garantia consequente do princípio exposto.

O princípio evidenciado ganhou grande destaque após a Segunda Guerra Mundial, já que foi previsto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 11, número 1:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Segundo Renato Brasileiro (2019, p. 45):

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). [...] Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8o, § 2o): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

O ministro Marco Aurélio de Mello, em seu voto no julgamento do HC 126.292 evidenciou:

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “ b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “ e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. (Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Ministro relator: Marco Aurélio de Mello).

Porém, segundo autores como Aury Lopes Junior e Bottini, o princípio da presunção de inocência passou a ser afrontado diante do fascismo existente no período.

De acordo com Aury Lopes Junior (2020, p. 135):

A presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram, como explica Ferrajoli, finalmente, consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A despeito disso, no fim do século XIX e início do século XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário e pelo fascismo, a ponto de MANZINI chamá-la de “estranho e absurdo extraído do empirismo francês”. (...) Partindo de uma premissa absurda, Manzini chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo.

No mesmo sentido, Bottini leciona que (2012, p. 185):

Consagrado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, o princípio foi atacado nos anos que antecederam aos regimes totalitários da primeira metade do século XX, em especial por juristas italianos que viam no instituto uma ideia irracional. Por todos, citemos Manzini (1951), que desenvolveu a ideia da substituição da presunção de inocência pela presunção de não culpabilidade. Para o autor, o magistrado carece de condições para atestar ou presumir a inocência de alguém. Pode, no máximo, afastar a pretensão da acusação de declará-lo culpado, mas isso não significa inocência. Significa que os indícios colhidos pela investigação foram contraditados suficientemente pela defesa, afastando as premissas para uma condenação. Note-se que, no pensamento de Manzini, a apresentação da denúncia pelo Ministério público, o pedido para instauração de uma ação penal pelas autoridades instituídas, já afasta o status de inocência do réu. A partir daí, ele pode ser apenas culpado ou não culpado, mas jamais inocentado (MORAES, 2010, p. 129). Existe, em verdade, uma presunção de culpabilidade, pois para o jurista cabia à defesa afastar os indícios colhidos pelo órgão estatal, ou ao menos deixar o juiz em dúvida (a incerteza ou a dúvida leva à declaração de não culpabilidade, mas não à inocência. Invertiam-se, assim, os sinais, as incumbências das partes, e feria-se e morte a presunção de inocência

Portanto, havia autores que não concordavam com a presunção de inocência. Assim traz Delmanto Junior um pouco do que os autores contrários ao princípio entendiam (1998, p.16):

Realmente, foram muitas as vozes no passado que se insurgiram contra a presunção de inocência, entendendo-a inaceitável. Segundo Manzini, Gabrieli e Consentiño, lembrados por Bento de Faria, a presunção de inocência seria uma inaceitável extravagância, reflexo de de exagerados e inconsequentes excessos dos iluministas. No mesmo sentido se manifestam, também, Giuseppe Sabatini e Carlo Umberto Del Pozzo, em posição neutra equidistante da inocência e da culpabilidade. Entre nós, pode-se lembrar, ainda, Inocêncio Borges da Rosa, que igualmente assim se posiciona

Além disso, Bottini sobre a presunção de não culpabilidade segundo entendimento da época, afirma que (2012, p.186):

A acepção original da presunção de não culpabilidade, como já ressaltado, confere às teses da acusação um status de verdade preliminar, que, se não rebatida a contento pela defesa, ganha ares de prova definitiva. [...] a ideia de não culpabilidade tem origem na já citada doutrina de Manzini, desenvolvida em uma Itália autoritária, cujo modelo político nada se assemelha com a ordem constitucional vigente no Brasil

Ainda, de acordo com Draiton Gonzaga de Souza e Luis Rosenfield (2014, p. 04):

A breve reconstrução histórica operada por Ferrajoli segue com a demonstração de como as doutrinas de Francesco Carrara (1768-1847) e Giovanni Carmignani (1805-1888) – leituras clássicas da ilustração italiana – , as quais mostravam o profundo respeito à presunção de inocência, inclusive a elevando a “postulado fundamental de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso”, foram subvertidas durante o longo caminho percorrido pela Itália em direção ao fascismo. Em um ambiente fortemente marcado pelo iluminismo, Carmignani e Carrara construíram um modelo de direito penal com forte respeito à dignidade dos acusados nos procedimentos criminais. A publicação do Código Rocco, de 1930, é o marco simbólico do recrudescimento desse esclarecimento italiano

Frente à evolução tida:

Em 1950, cabe registrar a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabeleceu a presunção de inocência em seu art. 6.2, estatuinto que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente demonstrada. (GOMES e RÊGO, 2019, p.05)

Através de modificações internas e externas dos países diante da valorização dos direitos humanos ao longo dos anos, que se tornaram direitos essenciais ao ser humano, traz Delmanto Junior (1998, p. 18-19):

Mais modernamente, o direito à chamada presunção de inocência aparece em inúmeros diplomas internacionais, como nas recomendações constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto de San José da Costa Rica.

E foi através desses últimos dois diplomas internacionais, e em função do §2 do artigo 5 da Constituição da República, que o direito expresso à “presunção de inocência” restou incorporado à nossa Constituição da República.

Ainda de acordo com Gomes e Rêgo (2019, p. 05):

Por sua vez, a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (1969), popularmente chamada de Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo



8º, 2, preconizou que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Traz Brasileiro (2020, p. 45)

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

No mesmo sentido, ensina Lima (2020, p. 201):

A concretização do princípio da inocência no ordenamento jurídico internacional, passando pela sua presença na Constituição portuguesa de 1976, na Constituição espanhola de 1978, e na esteira evolutiva incidente que tomou de forma reflexiva a nossa Constituição da República de 1988, adotando em parte fórmula da Constituição italiana de 1947, que nos traz na verdade um direcionamento mais quanto a presunção de não culpabilidade, e em parte das demais constituições citadas.

Delmanto Junior argumenta ainda que (1998, p. 19):

Inquestionavelmente a presunção de inocência, como expressão do princípio favor libertatis no processo penal, tem dimensões, hoje, ainda maiores do que a já enorme e significativa evolução ocorrida quando se baniram as ordálias e o sistema de prova legal. Atualmente ela afeta não só o mérito acerca da culpabilidade do acusado, mas, sobretudo, o modo pelo qual ele é tratado durante o processo, como devem ser tuteladas a sua liberdade, integridade física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente.

Deste modo, diante de todo o progresso da sociedade e do direito como um todo, o princípio da presunção de inocência se aprimorou a ponto de, hoje, ser uma das maiores garantias do ordenamento jurídico, refletindo em todas as outras normas e se alinhando aos princípios para conferir ainda maior proteção à liberdade dos seres humanos. Dada sua importância ao longo da história para evitar arbitrariedades e abusos por parte Estado, muito cometidos no passado, e também

para conferir a dignidade da pessoa humana, o então princípio está presente não só em normas de direito interno, como também em tratados internacionais.

Como acima descrito, o princípio da presunção de inocência se apresenta em muitos tratados internacionais. Entre eles, se faz presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, muito conhecida pela denominação “Pacto de San Jose da Costa Rica”, o qual é um tratado de direitos humanos cujo Brasil é signatário.

Para parte da doutrina, a então Convenção autoriza a não aplicabilidade do princípio da presunção de inocência quando a culpa do acusado já está demonstrada, até mesmo quando evidenciada anteriormente ao trânsito em julgado do processo, porém, por conta da expressa previsão constitucional brasileira exigindo o princípio, não é possível a utilização do artigo 8, item 2, do seguinte Pacto, que traz que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”, já que, em um conflito entre tratado de direitos humanos e Constituição Federal, diante de interpretação pro homini, deve ser considerado o que for mais benéfico ao indivíduo, que, nitidamente, é a Constituição Federal. Além disso, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 29, b, determina expressamente que não há possibilidade de restrição de normas mais benéficas previstas pelo direito interno do Estado com aplicação deste dispositivo do Pacto:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

Sobre o princípio da não culpabilidade de acordo com Aury Lopes Junior (2019, p. 590):

Tal é sua relevância que Amilton B. de Carvalho afirma que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana”

É aqui que Junior traz a resposta para a tão polêmica questão acerca da recepção do princípio da não culpabilidade pela Constituição Federal (2019, p. 139):

Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência” não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela base democrática da Constituição.

Aduz Aury Lopes Junior (2019, p.140):

Muito importante sublinhar que a presunção constitucional de inocência tem um marco claramente demarcado: até o trânsito em julgado. Neste ponto nosso texto constitucional supera os diplomas internacionais de direitos humanos e muitas constituições tidas como referência. Há uma afirmação explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Mas também não é uma construção única, basta ler as Constituições italiana e portuguesa, que também asseguram até o trânsito em julgado.

E o conceito de trânsito em julgado tem fonte e história e não cabe que seja manejado irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcido de forma autoritária e a “golpes de decisão”

Com relação à denominação do princípio, Lima traz (2020, p. 210):

Em vista disso, não restaria consagrado o princípio da presunção de inocência, mas, sim, o da desconsideração prévia da culpabilidade, denotando aplicação mais restrita. De fato, a Constituição brasileira adotou a redação do art. 27, n° 2, da Constituição italiana de 1947, que prevê que “o imputado não é considerado réu até condenação definitiva”. Tais traços são resultantes de movimento protagonizado por parte da doutrina italiana que defendia a restrição do alcance do princípio da inocência, com o intuito de garantir a eficácia do processo penal. O italiano Enrico Ferri sustentava que só se poderia admitir a presunção de inocência do delinquente ocasional que houvesse negado a prática do crime, e mesmo assim somente enquanto não se reunisse prova indiciária contra ele. A própria instauração do processo criminal autorizaria que se presumisse a culpa do imputado, e não sua inocência.

Ensina Tourinho (2010, p. 89):

Contudo a expressão presunção de inocência não deve ter o seu conteúdo semântico interpretado literalmente - caso contrário ninguém poderia ser processado -, mas no sentido em que foi concebido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: nenhuma pena pode ser imposta ao réu antecipadamente.

Também com relação à denominação do princípio, entende Junior (2020, p. 901):

Não é correto afirmar que o sistema brasileiro adotou a presunção de não culpabilidade e não a presunção de inocência. Essa é uma concepção ultrapassada que desconsidera o disposto no art. 8.2 da CADH e faz uma leitura bastante reducionista do art. 5º, LVII, da CF. Ademais, a CF adota – expressamente – o trânsito em julgado como marco para a perda da presunção de inocência (cláusula pétreia).

### O ministro Marco Aurélio de Mello ensina:

Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): “O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não-culpabilidade (...). Trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência (‘todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade’) emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. ‘Regra de tratamento’: o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’, a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).” (Supremo Tribunal Federal. HC 126.292. Ministro Relator: Marco Aurélio de Mello)

Acerca do acima exposto, fica nítido que o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, no HC 126.292, agiu incorretamente permitindo que a pena cominada ao acusado (que ainda deveria ser considerado inocente diante do que prevê a Constituição Federal) fosse executada antecipadamente ao trânsito em julgado. É necessário, portanto, com extremo respeito ao órgão guardião da Constituição supracitada de excelsa veneração, um maior cuidado para que não se sobreponha a ela (Constituição Federal) e não aja, então, com ativismo judicial, procedendo além dos poderes que lhe são atribuídos pela ordem jurídica.

Levando em conta o HC 126.292, que acima também foi criticado, Guilherme Nucci expõe (ano, página):

Em nosso entendimento, o princípio da presunção de inocência, da forma como redigido na Carta Magna, foi violado. Não importa o que ocorre em outros países, pois essas legislações não possuem igual dispositivo em sua Constituição. Quando a CF foi promulgada, houve uma disposição política do legislador-constituente, optando, com clareza, pelo princípio de ser considerado o réu inocente até o trânsito em julgado da condenação. Outra não pode ser a interpretação de trânsito em julgado, sob pena de se subverter uma série de conceitos doutrinários, reinantes há muito tempo.

Passando ao estudo do princípio da presunção de inocência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é necessário passar pela evolução da história do Brasil. Bitencourt inicia este estudo retratando o período colonial (2018, p. 101):

Antes do domínio português, na primeira civilização brasileira adotava-se a vingança privada, sem qualquer uniformidade nas reações penais. No entanto, Bernardino Gonzaga afirmava que os nossos silvícolas não desconheciam o talião, ainda que de modo empírico, a composição e a expulsão da tribo. Relativamente às formas punitivas predominavam as sanções corporais, sem tortura. Na verdade, o primitivismo de nossos silvícolas não autoriza falar em uma verdadeira organização jurídico-social. Havia simplesmente regras consuetudinárias (tabus), comuns ao mínimo convívio social, transmitidas verbalmente e quase sempre dominadas pelo misticismo.

Devido ao primitivismo do período, o que ocorria era a chamada vingança privada, em que, sem organização judiciária adequada, os próprios indivíduos puniam os outros pelos delitos cometidos, que nem mesmo eram expressos em lei. Estes eram costumes propagados oralmente. Deste modo, neste período, não é possível falar em princípio da presunção de inocência. Muito pelo contrário. Aqui se entende por uma presunção de culpabilidade.

Bitencourt evidencia o modo de “justiça” realizada após o descobrimento do Brasil (2020, pp. 101-102):

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas *Ordenações Manuelinas*, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da *Compilação de Duarte Nunes de Leão*, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião. Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia. [...] O arbítrio dos donatários, na prática, é que

estatuía o Direito a ser aplicado, e, como cada um tinha um critério próprio, era catastrófico o regime jurídico do Brasil Colônia.

[...] Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes.

[...] Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos.

Segundo Lima (2016, p. 34):

Durante o Brasil-colônia, que se estende dos anos 1500 até 1822, foram as Ordenações do Reino de Portugal as responsáveis pela normatização jurídica aplicada em solo brasileiro. Nesse período, o processo penal era vinculado à presunção de culpa. A narração do caso envolvendo Tiradentes no episódio conhecido na história brasileira como a Inconfidência Mineira deixa evidente todas as características de um sistema inquisitivo voltado à busca da condenação do acusado.

Utilizando-se da legislação portuguesa da época, o Brasil passou por um extenso período sombrio de despotismo, em que não havia submissão ao princípio da legalidade, isto é, não era necessário aos donos do poder seguir a lei, o que permitia abusos e excessos por sua parte. Desta forma, aqui também não cabe falar em princípio de presunção de inocência, já que, pressupõe-se, por tal princípio, que é culpado quem fere o comando punitivo criminal estabelecido por lei. Se nem mesmo havia respeito à previsão legal, de modo que o chefe do poder poderia aplicar a sanção que pretendia, poderia, da mesma forma, entender que o que o indivíduo cometeu era um delito e prendê-lo, aplicando a ele penas gravíssimas como a pena de morte.

Lima ainda traz (2016, p. 42):

Da análise dos instrumentos empreendidos pelo sistema processual do período colonial, profundamente marcado pelo modelo inquisitório, não se pode concluir algo diverso além da inexistência de qualquer sinal de presunção de inocência. Mais do que isso, pode-se concluir que na época colonial imperava nitidamente a presunção de culpa do acusado perante os órgãos judiciais.

[...] Como visto, não havia distinção entre órgão julgador e órgão acusador, misturando-se ambas as funções na figura do Juiz inquisidor. Se durante a fase processual não havia presunção de inocência a ser observada, tampouco há o que falar a respeito na fase preliminar à instauração do processo, sendo o recolhimento à prisão, em geral, a primeira medida a ser tomada pela autoridade policial em caso de suspeita ou flagrante delito. A prisão preventiva era a regra. A liberdade, exceção.

Já entrando no período do Império Brasileiro, Lima explica (2016, p. 56):

Não havia previsão acerca do direito do réu em permanecer em silêncio, devendo este obrigatoriamente se reportar ao Juiz na forma estabelecida em lei, assim como não havia previsão acerca da postura a ser adotada pelo Juiz em caso de dúvida decorrente da insuficiência de provas.

Preso em flagrante, o réu era logo submetido a interrogatório e, verificados mínimos indícios de autoria, era determinada sua condução automática ao recolhimento carcerário. Não existiam critérios ou parâmetros à decretação da prisão preventiva, tampouco situação de excepcionalidade a ser reconhecida, bastando a existência de ordem escrita, sem necessidade de fundamentação, da autoridade judicial competente.

Bitencourt (2018, p. 102) ensina:

A Constituição brasileira de 1824 determinou a urgente e imperiosa necessidade de elaboração de um “Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, XVIII).

[...] Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, *primeiro código autônomo da América Latina*.

[...] O Código de Processo Criminal só surgiu em 1832

Segundo Lima (2016, pp. 55-56):

Pela primeira vez o país teve direitos fundamentais da pessoa e do cidadão reconhecidos em nível constitucional. Reconheceu-se, como nunca outrora ocorrido, a necessidade de maior regulamentação e controle acerca da restrição da liberdade do acusado. O trato com a prisão foi a matéria de maior destaque nas regulamentações normativas do período imperial. A partir da Constituição de 1824, era regra a impossibilidade de decretação de prisão sem a devida formação da culpa. Apesar de ainda não devidamente separadas as funções de acusador e julgador, com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, deu-se maior destaque à figura do Ministério Público, como órgão competente, também, da tarefa de acusar. O tratamento cruel, as intimidações verbais, os castigos físicos e as torturas foram abolidas do procedimento referente ao interrogatório do acusado, de modo a refletir diretamente no tratamento dado à confissão, que não mais passou a ser considerada a mais importante das provas, apesar de ainda conservar seu caráter superior.

Inédito na história jurídica brasileira, a previsão do remédio constitucional do habeas corpus constituiu-se um marco ao reconhecimento do estado de

liberdade do acusado, notável evolução no caminho rumo à observância aos direitos de liberdade. Apesar de todo avanço, não se pode concluir que o sistema processual penal da era imperial não era baseado na presunção de culpa do acusado, no mesmo compasso da conclusão chegada no período colonial.

[...] Tratado como culpado desde o início da persecução criminal, a sentença era, assim como nos moldes colonialistas, um meio de ratificação da culpa já reconhecida preliminarmente pelo Estado.

Em suma: apesar do tratamento mais humanitário conferido ao réu, não havia presunção de inocência a ser reconhecido como direito fundamental do acusado no sistema processual penal do Brasil imperial.

Já com relação ao período Republicano, foi criado um novo código penal em 1890 que não é muito bem visto aos olhos dos doutrinadores brasileiros. Por este motivo, muitas leis extravagantes foram criadas para suprir o que faltava na legislação penal vigente. Fato é que estas leis extravagantes firmaram uma Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932.

Depois disso, traz Bitencourt (2018, p. 103):

Finalmente, durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado apresentou um projeto de código criminal brasileiro, que, apreciado por uma Comissão Revisora, acabou sendo sancionado, por decreto de 1940, como Código Penal, passando a vigorar desde 1942 até os dias atuais, embora parcialmente reformado.

[...] A Lei n. 7.209/84, que reformulou toda a Parte Geral do Código de 1940, humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão, além de reintroduzir no Brasil o festejado sistema dias-multa.

Porém, mesmo com isto, Lima aduz (2016, pp. 75-76):

Desse modo, o Estado Novo, ao negar por completo a presunção de inocência, automaticamente fixou a presunção de culpa como princípio norteador do sistema processual penal. 75 Se um sistema opta pela presunção de inocência, ao não se demonstrar a culpa do acusado ao final da persecução, o réu continua inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final mantém sua inocência como sempre foi. Em sentido contrário, tal como a postura assumida pelo Estado Novo e pelo Código Processual de 1941, no sistema que opta pela presunção de culpa, o cidadão já é assim tratado pelas instituições estatais antes mesmo de ingressar na persecução, sendo todo o sistema criminal estruturado normativamente para que assim seja conservada essa posição. Este foi o cenário jurídico da Era Vargas. A efêmera Constituição de 1934 deu lugar, em 1937, a uma Constituição de inegável inspiração fascista, que foi utilizada em sintonia com um Código de Processo Penal de 1941 também inspirado por ideologias totalitárias.

Ensina Tourinho (2010, p. 96):



Assim, a alegação de que o princípio da inocência data de 1948 é até desairosa e ofensiva, posto que jamais foi obedecido... E, por incrível que pareça, todos os abrandamentos das nossas medidas de coerção pessoal (revogação da prisão preventiva compulsória, revogação do parágrafo único do art. 596 do CPP, nova redação aos arts. 594 e 596, ambos do CPP) surgiram, entre nós, no chamado período das restrições das liberdades.

Desse modo, uma vez que o princípio da inocência jamais foi obedecido e acatado, chega-se à inarredável conclusão de que a adesão do nosso Representante junto à ONU, àquela Declaração, foi tão somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática. E estávamos em pleno regime democrático.

Quanto ao período do regime militar no Brasil, Lima também observa (2016, p. 85):

Mais do que nos períodos até então analisados, pode-se afirmar que a ausência de observância ao princípio da presunção de inocência foi maior no regime militar, se analisado sob a ótica de que, nesse período, estavam em jogo não apenas crimes comuns, mas, também, crime políticos e militares. Sem exceção, o modo do Estado em tratar o réu em todos estes crimes não era pautado pela atenção ao estado de inocência, o que refletiu no grande número de vítimas das ingerências praticadas pelo governo militar. Seguindo-se a herança de rejeição dos demais períodos históricos brasileiro, não havia no Regime Militar presunção de inocência a ser observada.

Porém, somente diante da Constituição Federal de 1988 o princípio da presunção de inocência expressamente se consolidou no Brasil. É o que informa o artigo 5, LVII da Constituição Federal: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Assim traz Tourinho (2010, p. 96-97):

Agora é diferente. O princípio foi erigido à categoria de dogma constitucional. Ele não foi fruto de um ato demagógico, mas de insopitável anseio libertário da nação brasileira. E, em razão desse princípio, toda e qualquer prisão deve revestir-se de natureza cautelar.

De acordo com Lima (2020, p. 210):

Elevado à categoria de princípio fundamental pela Constituição da República do Brasil de 1988, em sua fórmula "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Esse enunciado constitucional se apresenta muito criticado pela doutrina brasileira, pelo fato de não se incluírem em sua definição legislativa os traços comuns - a fórmula geral consagrada pelos já citados instrumentos de respeito aos direitos humanos - e essenciais em uma sociedade que deverá presumir o acusado inocente até que se prove o contrário, em respeito aos bens jurídicos violados.

Lima evidencia (2016, pp. 87-88):

Para os fins a que se destina este estudo, a Constituição de 1988 foi o marco divisório do sistema processual penal brasileiro. Pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio foi positivado o princípio da presunção de inocência, com vista a servir de eixo estrutural a um processo penal para o qual o indivíduo, já no início da da persecução é inocente, e assim deve ser considerado e tratado até que sobrevenha a certeza necessária de sua culpa. Não obstante sua inscrição constitucional, com um texto relativamente simples e direto, a presunção de inocência encontrou, logo nos primeiros anos de Constituição recém promulgada, extremas dificuldades em sua efetivação, sobretudo pelas divergências interpretativas.

Deste modo, cumpre-se destacar o importante papel da nova Constituição Federal Brasileira de 1988 na história normativa do país, a qual, além de trazer inúmeras garantias ao indivíduo, também estabeleceu expressamente o princípio estruturante do processo penal: o princípio da presunção de inocência, cujo qual protege os indivíduos dos excessos e abusos do poder, como neste capítulo demonstrado.

#### 4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E A INOVAÇÃO REFERENTE AO JUIZ DE GARANTIAS

Para introduzir o estudo acerca do sistema processual penal, é muito importante observar a necessidade deste à todos. É o que traz Brasileiro (2020, p. 39):

Quando o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a praticar a conduta delituosa, surge para ele o direito de punir os infratores num plano abstrato e, para o particular, o dever de se abster de praticar a infração penal. A partir do momento em que alguém pratica a conduta delituosa prevista no tipo penal, este direito de punir desce do plano abstrato e se transforma no *ius puniendi in concreto*. O Estado, que até então tinha um poder abstrato, genérico e impessoal, passa a ter uma pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso.

Surge, então, a pretensão punitiva, a ser compreendida como o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. Através da pretensão punitiva, o Estado procura tomar efetivo o *ius puniendi*, exigindo do autor do delito, que está obrigado a sujeitar-se à sanção penal, o cumprimento dessa obrigação, que consiste em sofrer as consequências do crime e se concretiza no dever de abster-se ele de qualquer resistência contra os órgãos estatais a que cumpre executar a pena. Todavia, esta pretensão punitiva não pode ser voluntariamente resolvida sem um processo, não podendo nem o Estado impor a sanção penal, nem o infrator sujeitar-se à pena.

Seguindo o raciocínio, aduz Nucci (2020, p.84):

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias humanos-fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate.

Para uma melhor compreensão sobre o tema aqui exposto, é necessário um satisfatório entendimento acerca do sistema processual penal vigente no Brasil, que é dividido em duas fases de persecução penal: o inquérito policial e a ação penal.

Nesse sentido, Nucci leciona que (2020, p. 16):

O sistema adotado no Brasil era o misto; hoje, após a reforma realizada pela Lei 13.964/2019, é o acusatório mitigado. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal.

De outra parte, encontram-se na Constituição as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam.

A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde. É preciso que a legislação ordinária acompanhe esses princípios, estabelecendo ritos, procedimentos, regras, meios de prova, recursos etc

Porém, discorda Junior nesse sentido (2020, p. 64):

Até o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre afirmamos que o processo penal brasileiro era inquisitório (ou eoinquisitório), e que não concordávamos com grande parte da doutrina que classificava nosso sistema como “misto”, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual. E não concordávamos (e seguimos divergindo se insistirem) com tal afirmação porque dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema. Outros preferiam afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto. BINDER, corretamente, afirma que “o acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias”. Nesse cenário (e até 2020) sempre dissemos categoricamente: O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz.

Porém, apesar de a inovação trazida pelo Pacote Anticrime se destacar e inovar no que diz respeito ao sistema processual penal, passando a não ser mais classificado como misto (ou inquisitório para Aury Lopes Junior), mas como acusatório mitigado, evidencia Junior (2020, p. 64):

Com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Min. FUX, está suspensa, sine die, a eficácia do art. 3º-A. Como se trata de medida liminar, manteremos a análise do dispositivo legal, que poderá ter sua vigência restabelecida a qualquer momento. Portanto, enquanto estiver valendo a medida liminar, o artigo 3º-A está suspenso. Assim, o processo penal segue com a estrutura inquisitória (do CPP) em confronto direto com o modelo acusatório desenhado pela Constituição (e também pelo art. 3º-A suspenso).

Portanto, levando em conta o atual sistema processual penal vigente, Brasileiro ensina que (2020, p. 43):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda

fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Deste modo, a primeira fase da persecução penal é o inquérito policial, instrumento escrito de natureza administrativa, que é sigiloso, dispensável, inquisitivo, sistemático, unidirecional, discricionário, incomunicável e presidido pelo delegado de polícia, características que se estabelecem para que haja uma completa elucidação do fato e da autoria da infração penal, sem empecilhos na colheita de informações e provas, para que não sejam prejudicadas a investigação, a apuração da existência e da autoria do delito, que são as finalidades deste procedimento administrativo. Deste modo, reconhecida a existência e a autoria do delito, o titular (Ministério Público ou vítima, dependendo da modalidade de ação) da ação penal passa a desfrutar de elementos que autorizam a então ação penal, instrumentalizada através da denúncia ou da queixa.

Avena instrui (2019, p. 310):

Por inquérito policial compreende-se o conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial para obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade das infrações penais investigadas, permitindo ao Ministério Público (nos crimes de ação penal pública) e ao ofendido (nos crimes de ação penal privada) o oferecimento da denúncia e da queixa-crime. Possui natureza administrativa, na medida em que instaurado pela autoridade policial. Tratando-se de um procedimento inquisitorial, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, não há ampla defesa no seu curso.

[...] na atualidade, a despeito da função primordial do inquérito policial no sentido de obter elementos para que a parte legitimada possa intentar a competente ação penal – a denominada função preparatória –, muitos doutrinadores têm nele vislumbrado, também, outra ordem de função – a função preservadora, relacionada ao intuito de evitar imputações infundadas ou levianas. Tal linha de pensamento, ao fim e ao cabo, importa em afastar a clássica função unidirecional da investigação criminal, voltada exclusivamente para a acusação.

É exatamente nesta função preservadora do inquérito policial que se denota também o princípio da presunção de inocência, já que, presumidamente inocente qualquer indivíduo, este não deve passar pelo afligimento de uma ação penal temerária e infundada, sem que exista contra ele ponderadas imputações.

No mesmo sentido, Brasileiro expressa (2020, p. 109):

De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando

custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.

Sobre o assunto, revela Machado (2009, p. 01):

O papel da autoridade policial (e do promotor) não é lutar contra o indiciado como se fosse um malfeitor (por mais que o seja) que não tem conserto. Na democracia, ninguém pode ser acusado sem provas, e o inquérito policial é exatamente esse suporte de que se serve o Estado para proteger o indivíduo.

Por conta da modificação no sistema processual penal brasileiro acima apresentada, é indispensável analisar o artigo 3º-A do CPP: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

No que diz respeito às inovações e a essas interferências baseadas no princípio da presunção de inocência, Nucci ressalta que (2020, p. 115):

Assumindo-se que a construção de um sistema persecutório exige o alicerce dos postulados constitucionais associados às leis processuais penais, hoje, o sistema brasileiro ganhou maior efetividade no campo acusatório. A criação do juiz das garantias para fiscalizar e controlar a legalidade da fase inquisitiva, bem como a clara vedação ao juiz para a determinação da busca de provas, também no estágio inquisitivo, aclarou o sistema. Não foi somente isso. Proibiu-se o magistrado de decretar medidas restritivas da liberdade e de outros direitos de ofício; depende ele de requerimento das partes interessadas. Por derradeiro, adotou-se o mais eficiente dos critérios: vedou-se o acesso do juiz da instrução ao conteúdo dos autos do inquérito, que ficarão acautelados em cartório, apenas à disposição das partes. Por óbvio, as provas periciais serão levadas ao processo principal, pois elas são provas urgentes e irrepetíveis. Mesmo assim, já na fase do inquérito ou outro procedimento investigatório, o juiz das garantias permitirá aos interessados a indicação de assistentes técnicos para acompanhar a perícia oficial.

O contexto da reforma levou o processo penal para o lado acusatório, mas ainda se trata de um sistema mitigado, pois os poderes instrutórios do juiz do mérito da causa ainda persistem. Se eles forem estancados, adentraremos o sistema acusatório por excelência

Além de Nucci, também faz consideração a respeito Júnior (2020, p. 65):

Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o ne *procedat iudex ex officio*, ou que produza prova e ofício, pilares do modelo acusatório.

Nucci evidencia a diferença entre as duas fases de persecução penal no que se refere ao princípio da presunção de inocência (2020, p. 148):

O princípio processual da presunção de inocência é muito mais forte em relação ao processo criminal, pois, quando do julgamento, em caso de dúvida, deve-se decidir em favor do réu (in dubio pro reo). Por outro lado, estabelece-se que o ônus da prova pertence à acusação. Durante a investigação policial, o princípio perde intensidade, pois se deve averiguar todos os suspeitos do crime, independentemente do seu estado de inocência. A sua atuação, na fase do inquérito, volta-se à imunidade à autoacusação, garantindo o direito ao silêncio a qualquer investigado. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, seja em juízo, seja durante investigação criminal.

Norberto Avena aduz (2019, p. 2122):

Embora não se trate de matéria inteiramente pacificada, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido que inquéritos ou ações penais em andamento não podem servir de parâmetro para efeito de fixação da pena-base acima do mínimo legal sob o rótulo de antecedentes desfavoráveis, em respeito ao princípio da presunção de inocência

A jurisprudência mencionada acima está presente na Súmula 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

## 5 PRESERVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NAS PRISÕES CAUTELARES

A respeito das prisões, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI evidencia que:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

A lei trata também no artigo 283 do Código de Processo que “Não há prisão salvo flagrante ou por ordem estrita e fundamentada da autoridade policial competente”. Deste modo, é nítido que um indivíduo somente pode ser preso após condenação transitada em julgado (quando sua presunção de inocência cessa por conta do trânsito em julgado da condenação, que efetiva, portanto, sua culpa) ou quando houver preenchimento dos requisitos e pressupostos legais acerca da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da prisão temporária e da prisão domiciliar (que é admitida quando a lei garante a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar), de modo que todas elas devem ser realizadas apenas quando ordenadas e fundamentadas pela autoridade judiciária competente, o juiz de garantias (exceto a prisão em flagrante, que não necessita de ordem escrita e que pode ser realizada, de acordo com a lei, por qualquer cidadão que presenciar o crime, devendo, porém, ser autuada pelo delegado).

Para um melhor entendimento acerca do tema, Brasileiro ensina que (2020, p. 904):

Prisão cautelar (*carcer ad custodiam*) é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.

Tourinho, da mesma forma, aduz (2010, p. 89):

E a melhor doutrina acrescenta: a prisão antecipada se justifica como providência exclusivamente cautelar, vale dizer, para impedir que a instrução criminal seja perturbada ou, então, para assegurar a efetivação da pena.



Para que haja autorização das cautelares, os requisitos legais devem ser cumpridos. Para a prisão em flagrante, uma destas modalidades devem estar presentes:

Artigo 302 CPP: Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Sobre a relação da prisão em flagrante com o princípio da presunção de inocência, aduz Junior (2020, p. 941):

Em suma, para existir a prisão em flagrante desse inciso III, a perseguição deve iniciar poucos minutos após o fato, ainda que perdure por várias horas.

Por fim, o inciso exige que o perseguido seja preso em “situação que faça presumir ser autor da infração”. A rigor, a disposição é substancialmente inconstitucional, pois à luz da presunção de inocência não se pode “presumir a autoria”, senão que ela deve ser demonstrada e provada. Infelizmente, o controle da constitucionalidade das leis processuais penais é incipiente, muito aquém do necessário para um Código da década de 40. Assim, a nefasta presunção da autoria é extraída de elementos, como estar na posse dos objetos subtraídos, com a arma do crime, mediante reconhecimento da vítima etc.

O artigo 302, III do Código de Processo Penal possibilita a prisão em flagrante de quem “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;”. Para Aury Lopes Junior, portanto, trata-se de dispositivo inconstitucional, pois essa presunção de ser autor da infração de que trata o inciso fere expressamente o princípio da presunção de inocência, já que em nenhum momento antes do trânsito em julgado do processo, o réu pode ser considerado culpado, portanto, muito menos pode ser preso, mesmo que cautelarmente, sem motivação real e suficiente para tanto.

Avena (2019, p. 1736) ensina:

Por conseguinte, é a prisão preventiva que possui natureza cautelar e não a prisão em flagrante que, por anteceder à preventiva no regramento do art. 310, II, do CPP, assume a natureza de prisão precautelada.

Deste modo, apenas com a prisão convertida em preventiva é que a prisão passa a ser efetivamente cautelar, que é o que ocorre a partir do inciso II do artigo 310 do Código de Processo Penal

Artigo 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Para que a prisão preventiva seja decretada, é necessário que haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Além disso, deve estar prevista ao menos uma hipótese legal para que seja autorizada a prisão cautelar em questão:

Artigo 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

É justamente o §2 do artigo 312 que confere ainda mais eficácia ao princípio da presunção de inocência, já que a prisão cautelar somente poderá ocorrer quando estritamente necessária e conforme os ditames da lei e, por isso, deve estar devidamente fundamentada.

Além dos requisitos acima demonstrados, outras são as condições de admissibilidade:

Artigo 313 CPP: Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

O §2 do artigo 313 do Código de Processo Penal é o grande garantidor do princípio aqui estudado, porque, expressamente, aduz que não é possível a decretação de prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena, de modo que entende-se que a prisão cautelar só é permitida diante da presença de um dos requisitos acima destacados, não podendo ser vista como manejo de prisão pena.

Avena entende (2019, p. 1650):

Especificamente em relação à prisão preventiva, o atributo da excepcionalidade deve ser visto sob dois ângulos: excepcionalidade geral, significando que, assim como as demais cautelares, deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação; e, ainda, excepcionalidade restrita, isto é, aquela relacionada a sua supletividade diante das demais providências cautelares diversas da prisão, em face do que dispõe o art. 282, § 6.º, no sentido de que “a prisão preventiva será determinada (apenas) quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Decretada a prisão preventiva, o juiz poderá convertê-la em domiciliar no caso dos requisitos abaixo apresentados:

Artigo 318 CPP: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Também se trata de prisão cautelar a prisão definida no artigo 1 da Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989: a prisão temporária, cujos requisitos são:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas

o) crimes contra o sistema financeiro

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Finalizada a exposição da regra geral dos requisitos trazidos em lei para decretação de prisão cautelar, passa-se a estudar quem poderá decretá-las.

De acordo com o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 2019), apenas o juiz de garantias poderá decretar prisão cautelar, o qual deve expedir um mandado de prisão fundamentado para que esta se realize legalmente. Este juiz de garantias será o responsável por todo inquérito policial e o responsável também pela legalidade das investigações. Deste modo, se houver necessidade de medida cautelar, o delegado deve representar, o promotor se manifestar e o juiz das garantias é que tem que deferir a medida. É o que traz o artigo 3-B, que contempla o que compete ao então juiz das garantias:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI - decidir sobre os requerimentos de:
  - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
  - b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
  - c) busca e apreensão domiciliar;
  - d) acesso a informações sigilosas;
  - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
- XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
- XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
- XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
- XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
- XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Como estabelece Schreiber (2020, p. 03):

Até então, o juiz que deferia medidas em detrimento do investigado (como prisão preventiva, sequestro de bens, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, busca domiciliar, etc) tinha sua competência fixada para julgar a ação penal (regra de prevenção). A partir de agora, o juiz que atua na investigação está impedido de atuar no processo criminal.

Por este motivo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 3-D, traz

que:

Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

De acordo com Miller (2019, p. 01):

No controle de legalidade da investigação criminal, o juiz das garantias funcionará como juiz da liberdade e da custódia pré-processual e como filtro de legalidade das iniciativas probatórias do Ministério Público e da autoridade policial que dependam de intervenção judicial. No juízo de admissibilidade da acusação, o juiz das garantias decidirá sobre o recebimento provisório e o definitivo da denúncia ou da queixa, presidindo o contraditório no juízo de absolvição sumária.

Deste modo, o limite de atuação do juiz de garantias está enunciado no artigo 3-C do Código de Processo Penal: A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

É importante destacar a relevância do juiz de garantias no que tange à presunção de inocência, prestigiando, portanto, o sistema acusatório consolidado no país, fundado, segundo Júnior (2013, p.27) na “separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive.”, já que, deste modo, a fase inquisitória da persecução penal (inquérito policial) não contamina o entendimento do juiz que instruirá o processo e que prolatará sentença absolvendo ou condenando o réu e que, portanto, se manterá imparcial, garantindo o devido processo legal e também as demais garantias das liberdades civis, dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, mas, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, efetivando verdadeira, eficaz e justa prestação jurisdicional, já que, segundo Lima (2020, p.107):

[...] pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o juiz das garantias envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a decidir favoravelmente a ela, com grave prejuízo a sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado.

Porém, apesar da efetivação e do esforço em concretizar o princípio da presunção de inocência durante o inquérito policial, muito importante também é a observação a respeito do princípio em questão na primeira fase da persecução penal. Segundo Nucci (2020, p. 148):

O princípio processual da presunção de inocência é muito mais forte em relação ao processo criminal, pois, quando do julgamento, em caso de dúvida, deve-se decidir em favor do réu (*in dubio pro reo*). Por outro lado, estabelece-se que o ônus da prova pertence à acusação. Durante a investigação policial, o princípio perde intensidade, pois se deve averiguar todos os suspeitos do crime, independentemente do seu estado de inocência. A sua atuação, na fase do inquérito, volta-se à imunidade à autoacusação, garantindo o direito ao silêncio a qualquer investigado. Ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, seja em juízo, seja durante investigação criminal.

Deste modo, assim como o princípio constitucional da ampla defesa, o princípio aqui estudado também sofre certa mitigação na fase do inquérito policial.

Voltando ao estudo da prisão cautelar, Brasileiro afirma que (2020, p. 904):

A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade.

Tourinho também ensina (2020, p. 91):

Aí está o ponto nevrálgico da questão devidamente solucionado: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória apenas poderá ser admitida a título de cautela. Assim, por exemplo, condenado o réu, seja ele primário, seja ele reincidente, tenha ou não tenha bons antecedentes, se estiver se desfazendo de seus bens, numa evidente demonstração de que pretende fugir a eventual sanção, justifica sua prisão provisória. Do contrário, não.

Diante de toda a exposição no capítulo anterior realizada acerca do princípio dirigente do processo penal (princípio da não culpabilidade) que se resume em considerar o acusado inocente até que ocorra o trânsito em julgado de sua sentença condenatória, é importante observar um pouco sobre o contexto e a relação com as prisões cautelares na história. Segundo Ferrajoli (2002, p. 443):

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectado com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório

Ferrajoli (2002, p. 443) ainda completa:

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mas um “ato de hostilidade” contra o cidadão, de modo que “qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza. Para Beccaria, “sendo a privação da liberdade uma pena, não pode preceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade”: precisamente, a “custódia de um cidadão até que seja julgado culpado, ... deve durar o menor tempo e deve ser o menos dura possível” e “não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime”.

[...] Nenhum desses pensadores, contudo, chegou a exigir coerentemente a supressão do vituperado instituto: como se ela fosse uma “injustiça necessária”, ou exatamente, como declarou William Blackstone, como se sem ele fosse “impossível proteger o direito e a sociedade”.

Observa Nucci sobre a relação entre o princípio em questão e as prisões cautelares (2020, p. 151):

Confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública.

Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele que fosse efetivamente culpado. Por isso, somente se poderia prender, fora do cenário cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado

De acordo com Lima (2020, p. 212):

Assim, conforme entendimento de André Carvalho de Ramos, “o princípio da presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar (não pode ser antecipação da prisão definitiva) e fundamentada”.

Aduz Avena (2019, p. 115):



Consideram os Tribunais Superiores que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, impondo-se que seja mitigado em certas circunstâncias, como já ocorre em relação ao instituto da prisão preventiva, que permite seja o denunciado preso antes da condenação para assegurar a aplicação da lei penal.

Aury Lopes Junior elucida (2019, p. 141):

Apenas para esclarecer, o fato de a presunção de inocência perdurar até o trânsito em julgado não significa que ninguém possa ser preso antes disso. É perfeitamente possível prender em qualquer fase da investigação ou processo, e para isso existem as prisões cautelares, com seus requisitos, fundamentos e princípios, que coexistem com a presunção de inocência.

Assim, a prisão não é proibida durante o processo, desde que ela seja de caráter cautelar e extremamente necessária, sendo devidamente fundamentada com os pressupostos que devem ser preenchidos

Avena traz ainda que (2019, p. 1712):

Possui natureza eminentemente cautelar, razão pela qual não viola o princípio da presunção de inocência, tampouco qualquer outro direito ou garantia assegurados na Constituição Federal. Esta cautelaridade, com as alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011, restou consagrada no próprio Código de Processo Penal, por exemplo, no art. 319 que, ao arrolar determinados provimentos cautelares alternativos, denomina-os de medidas cautelares diversas da prisão, deixando claro, com isto, tratar-se a prisão provisória, também, de uma medida de natureza cautelar.

Confirma o entendimento Nucci (2020, p.152):

Somente se prende o acusado, para cumprir pena, após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Essa última postura não impede, no entanto, a decretação de prisão cautelar quando preencher os requisitos legais, como, por exemplo, a prisão preventiva (art. 312, CPP).

Explica também Avena (2019, p. 1646):

Entendendo-se que tal execução apenas poderia ter início por motivo de prisão preventiva decretada ou mantida após a condenação, nos termos do art. 387, § 1.º, do CPP. Note-se que, se essa posição representava apenas uma tendência, tornou-se ela amplamente majoritária a partir do julgamento do Habeas Corpus n.º 84.078/MG, levado a efeito pelo Pleno do STF, quando foi deliberado que "ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP"<sup>3</sup>.

Nucci evidencia que (2020, 138):

No processo penal, portanto, busca-se enaltecer o ser humano, resguardando a segurança pública na exata proporção da necessidade. A prisão cautelar, nesse contexto, exsurge como firme disposição estatal para preservar a instrução criminal idônea. No entanto, quando decretada, considerando-se o estado de inocência do réu, jamais pode transformar-se em aplicação antecipada da pena, nem tampouco ferir a razoabilidade de se materializar o processo célere.

Ainda, expõe Aury Lopes Junior (2019, p. 141):

Como bem explica Maurício Zanoide de Moraes: “Essa visão ‘gradualista’ da presunção de inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da ‘presunção de culpa’, pois sob seu argumento está uma ‘certeza’ de que, ao final, a decisão de mérito será condenatória.

Essa visão gradualista se contrapõe demasiadamente com a essência do princípio da presunção de inocência, que, na realidade, busca proteger todo e qualquer indivíduo de erros e arbítrios judiciais e do Estado e, portanto, confere prestígio à dignidade da pessoa humana

Mas diferente do acima exposto, a redução de standart probatório é permitida e diz respeito a uma das naturezas jurídicas citadas no primeiro capítulo deste trabalho: a natureza de norma de julgamento.

Nucci (2020, p. 174):

Em decorrência de avançadas posições doutrinárias e jurisprudenciais, emerge outro princípio constitucional, embora implícito, dentre as garantias fundamentais: o princípio da duração razoável da prisão cautelar. Observa-se, como fruto natural dos princípios constitucionais explícitos da presunção de inocência, da economia processual e da estrita legalidade da prisão cautelar, ser época de se consagrar, com status constitucional, a meta de que ninguém poderá ficar preso, provisoriamente, por prazo mais extenso do que for absolutamente imprescindível para o escoamento do processo. Essa tem sido a tendência dos tribunais pátrios, em especial do Supremo Tribunal Federal. De fato, não se torna crível que, buscando-se respeitar o estado de inocência, conjugado com o direito ao processo célere, associando-se a todas as especificações para se realizar, legitimamente, uma prisão cautelar, possa o indiciado ou réu permanecer semanas, meses, quiçá anos, em regime de restrição de liberdade, sem culpa formada.

Até mesmo quando se trata de prisão cautelar envolvendo crime grave, a jurisprudência atende ao princípio da presunção de inocência, como no caso a seguir:

O fato de ter sido atribuída ao recorrido a prática do delito de tráfico ilícito de drogas, não é argumento hábil, por si só, para justificar a decretação da prisão cautelar, que é medida extrema e excepcional, mostrando-se imprescindível, em face do princípio da presunção de inocência, a demonstração dos requisitos da preventiva, bem como da existência dos elementos objetivos, com base em fatos concretos. (RSE 10699160082003001-MG, 7ª Câ. Criminal, relator: Marcílio Eustáquio Santos, 2-5-2017).

O julgado acima mostra que o princípio da presunção de inocência alcança todo e qualquer crime, além de atingir todo e qualquer cidadão, que é, então, considerado inocente até que uma sentença condenatória em seu desfavor seja transitada em julgado. Deste modo, como já visto acima, nem mesmo a prisão cautelar descaracteriza a presunção de inocência e nem mesmo ela pode ser usada quando não em veemente necessidade.

Por este motivo, Avena ensina (2019, p. 121):

Tratando-se de medida excepcional, cabível somente quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão (art. 282, § 6.º, do CPP) e desde que atendidos os seus requisitos legais (arts. 311, 312 e 313 do CPP), exige que sejam indicados os elementos concretos que demonstrem a sua efetiva necessidade visando à garantia da ordem pública ou econômica, à conveniência da instrução criminal e à segurança da aplicação da lei penal, sob pena de assumir contornos de antecipação de pena, o que viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Segundo Nucci (2020, p. 300):

A prisão cautelar somente tem razão de existir, a despeito do princípio da presunção de inocência, porque há pessoas, acusadas da prática de um crime, cuja liberdade poderá colocar em risco a sociedade, visando-se, com isso, a dar sustentação a uma eventual futura condenação. É o verificado pelo próprio sistema ao autorizar a decretação de prisões cautelares, cujo sentido se dá na medida em que pode o acusado ser à frente apenas com pena privativa de liberdade.

A evidência feita acima se materializa no seguinte julgado:

As condições pessoais do paciente e as circunstâncias em que perpetrado o crime traduzem ser inadequada a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio da presunção de inocência, ainda mais quando calcada em dados concretos, como é a hipótese presente. (HC 70068807437-RS, 7.ª Câ. Criminal, relator: José Conrado Kurtz de Souza, 14-4-2016, v.u.)

Nucci observa que (2020, p. 1022):

Em primeiro lugar, deve-se salientar que o surgimento das medidas cautelares (art. 319, CPP) constituem uma efetiva alternativa à prisão cautelar. Há diversos casos concretos em que a restrição à liberdade, quando necessária e adequada, pode dar-se em esfera diferenciada do cárcere. Porém, o processo penal não pode prescindir do rigor do Estado para controlar quem abusa do direito à liberdade, colocando em risco a investigação ou a instrução, bem como a sociedade como um todo. Do mesmo modo que se cultua a presunção de inocência, louva-se a segurança pública, como direitos de todo indivíduo.

É importante destacar também que, segundo a súmula 9 do STJ, mesmo diante dessas prisões, o estado de inocência do indivíduo ainda permanece até que seja proferida sentença condenatória que transite em julgado o processo: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Isso acontece pois as prisões cautelares não possuem a mesma finalidade que a prisão pena desempenha, já que aquelas não desfrutam de finalidade educativa, nem mesmo punitiva, mas servem para garantia da ordem pública, do processo e da investigação processual.

De acordo com o previsto pela súmula 9 do STJ, Brasileiro evidencia que (2020, p. 905):

Enquanto a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução. Logo, a prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada pelo Poder Público como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito. Isso significa que a prisão cautelar não pode ser utilizada com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da presunção de inocência.

[... ] Segundo a nova redação conferida ao art. 282, § 6º, do CPP, a prisão preventiva somente será determinada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Nos mesmos moldes, de acordo com o art. 310, II, do CPP, o juiz somente decretará a prisão preventiva nas hipóteses dos arts. 312 e 313 deste Código, quando as medidas cautelares arroladas no art. 319 deste Código, adotadas de forma isolada ou cumulada, se revelarem inadequadas ou insuficientes.

Seguindo, portanto, o princípio da presunção de inocência, o juiz decretará prisão preventiva ou converterá o flagrante em prisão preventiva apenas quando não houver possibilidade de aplicar as medidas cautelares por não serem suficientes para a finalidade objetivada.

Em vista do descrito neste capítulo, Tourinho (2010, p. 97):

Quando ocorre uma prisão em flagrante, e não estando presente qualquer das circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva, o indiciado tem o direito de ficar em liberdade, nos termos do parágrafo único do art. 310 do CPP; se o cidadão cometeu um crime inafiançável, mas não foi preso em flagrante, sua prisão preventiva somente poderá ser decretada se for necessária, e a lei diz quando ela se torna necessária: se o agente está perturbando a ordem pública ou a ordem econômica, se está criando obstáculo à instrução criminal, ou se está pretendendo subtrair-se da eventual aplicação da lei penal. Ausentes tais circunstâncias, não poderá ser preso preventivamente.

[...] E se for condenado? Pela mesma razão, se for condenado por sentença não transitada em julgado, sua prisão provisória, ou o seu antecipado cumprimento da pena, só se justifica se ele estiver dando sinais de que pretende subtrair-se à aplicação da lei penal. Se não, não. E mesmo que não tenha sido preso, seu recurso de apelo será processado normalmente.

Portanto, a prisão cautelar não ofende o princípio da presunção de inocência, já que autorizada pela Constituição Federal quando adequadamente necessária, preenchendo os pressupostos trazidos pela lei e, neste sentido, devidamente fundamentada pelo juiz de direito, quando insuficientes as outras medidas cautelares, sozinhas ou conjuntas.

## 6 DECISÕES DO STF RELACIONADAS À EXECUÇÃO DA PENA APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Com relação ao STF quanto a execução da prisão após condenação em segunda instância, muitas e divergentes foram as decisões proferidas pelo Guardião da Constituição, o que causou inequívoca insegurança jurídica.

Segundo Mendes (2018, p. 843-844):

Inicialmente, entendia-se que o cumprimento imediato das penas era compatível com a ordem constitucional. O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi modificado a partir do Habeas Corpus 84.078. Por maioria, em julgamento concluído em 5-2-2009, o Pleno do STF afirmou que a prisão somente ocorre após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Entendeu-se que uma ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, teria de ser demonstrada sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia de presunção de não culpabilidade.

Leciona Toron (2019, p. 115):

Desde 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) tinha o entendimento de que o recurso interposto pela defesa contra decisão condenatória seria recebido com efeito devolutivo e suspensivo, de modo que não se admitia a execução provisória (antecipada) da pena, tendo em vista não haver o trânsito julgado da sentença para a acusação e para a defesa.

Por conta de tal decisão do Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional decidiu firmar em lei o entendimento para uma maior segurança jurídica, o que ocorreu com a aprovação da Lei 12.403/2011. Deste modo, o artigo 283 do Código de Processo Penal estabeleceu que:

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.

Evidencia Bitencourt (2018, p. 77):

Veja-se, por questões puramente didáticas, a nefasta contradição da nossa Excelsa Corte: no dia 17 de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal Federal decidiu que um acusado só pode ser preso depois de *sentença condenatória transitada em julgado* (HC 84.078), em obediência ao disposto no art. 5 da CF. Essa decisão reafirmou o conteúdo expresso de nossa Carta Magna, qual seja, a consagração do princípio de presunção de inocência. Ou seja, ao determinar que enquanto houver recurso pendente não

poderá ocorrer execução de sentença condenatória, estava atribuindo, por consequência, efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários.

Tratava-se, por conseguinte, de decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, comprometido com o respeito às garantias constitucionais, com a segurança jurídica e com a concepção de que somente a sentença judicial definitiva, isto é, transitada em julgada, poderá iniciar o cumprimento de pena imposta

Desta forma, em seu primeiro posicionamento a respeito do tema, o STF, como Guardião da Constituição, exerceu bem sua função, resguardando o texto constitucional da maneira como foi intentado pelo constituinte originário.

Porém, em seu posterior posicionamento (HC 126.292), exerceu a gafe de alterar o entendimento acima, infringindo os tratados internacionais assinados pelo Brasil, além de contrariar, principalmente, a própria Constituição Federal, que deveria, na verdade, proteger, já que é guardião máximo da Constituição Federal. Assim traz Bitencourt (2018, p. 77):

Mas o fato de ser o guardião de nossa Carta Magna não lhe atribui a sua titularidade. Isto é, o STF não é o dono da Constituição, tampouco tem o direito de reescrevê-la a seu bel-prazer, como vem fazendo nos últimos anos, com suas interpretações contraditórias, equivocadas e, especialmente, contrariando o que vinha afirmando nos últimos 25 anos

Para conhecimento do caso em concreto que desembocou no HC 126.292, Toron afirma (2019, p. 115):

Tudo começou em 29.03.2011, em Itapeverica da Serra, quando M.R.D. e A.S.L. foram denunciados pelo Ministério Público pela prática de roubo qualificado. O fato é de 16.09.2010. Andavam em uma motocicleta e assaltaram uma pessoa. Presos preventivamente. No meio do processo, as prisões foram revogadas. Portanto, chegaram ao julgamento livres. Ambos condenados. Sentença de 28.06.2013. M.R.D., 5 anos e 4 meses; A.S.L., 6 anos e 8 meses. O juiz permitiu que M.R.D. apelasse em liberdade. A.S.L. teve sua prisão decretada. Amplos apelaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Ministério Público não recorreu. M.R.D., jovem pobre, filho de empregada doméstica da casa de uma advogada, a qual agiu em defesa do rapaz.

Em 13.12.2013, os autos foram ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Um ano e três dias depois, a apelação de ambos foi julgada e negada. A.S.L., que já estava preso (vejam: com réu preso, a apelação durou um ano para ser julgada), assim permaneceu. O inusitado está no fato de que, mesmo transitada em julgada a condenação para o Ministério Público (MP) e havendo apenas o apelo de M.R.D., este teve não só o apelo improvido, como também teve sua prisão decretada, sem qualquer fundamentação. Preso de ofício. Regime fechado. Embora a pena fosse abaixo de 8 anos. Foi impetrado *habeas corpus* em 19.12.2014 no Supremo Tribunal de Justiça, que negou a liminar, alegando jurisprudência defensiva. Autos ao Ministério Público

Federal (MPF), que, para surpresa de muitos, deu parecer favorável à concessão do habeas corpus.

Contra esse indeferimento da liminar foi impetrado habeas corpus no STF. O ministro Teori Zavascki, em 05.02.2015, deferiu a liminar, concedendo a ordem. Reconheceu que estava diante de hipótese passiva de ultrapassar a Súmula 691. Disse o ministro que a sentença havia permitido que o paciente M.R.D. recorresse em liberdade. Houve apenas recurso do paciente. O TJSP não apresentou, segundo Teori, nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente M.R.D., conforme estabelece o artigo 312, o que está em desacordo com a jurisprudência do STF.

Assim poderia - e deveria - ter acabado o caso. M.R.D livre para aguardar seus recursos. Afinal, o TJSP decretara a prisão sem fundamento e de ofício. Essa é, pois, a *holding* do famoso HC 126.292, pelo qual o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência.

O *habeas corpus* que serviu de base para a virada foi levado a plenário em fevereiro de 2016 (para discutir a liminar concedida pelo Ministro Teori monocraticamente). Mesmo com a liminar concedida com aquela robusta fundamentação, o Ministro Teori voltou atrás e votou com a maioria, formando o placar de 7x4. E M.R.D. voltou para a prisão.

De acordo com Mendes (2018, p. 844):

Mais uma vez, o entendimento foi alterado, no julgamento do HC 126.292 975. Assentou-se que 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”.

Leciona Brasileiro (2020, p. 49):

Todavia, em julgamento histórico realizado no dia 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292), e novamente por maioria de votos (7 a 4), o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância no julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se possa objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que é possível fixar determinados limites para a referida garantia constitucional. Não se trata, portanto, de prisão cautelar. Cuida-se, na verdade, de verdadeira execução provisória da pena

Mendes argumenta (2018, p. 845):

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. Na hipótese que estamos analisando, ainda que a condenação não tenha transitado em julgado, já foi estabelecida pelas instâncias soberanas para análise dos fatos. Após o julgamento da apelação, estão esgotadas as vias ordinárias. Subsequentemente, cabem apenas recursos extraordinários.



Diante da citação acima exposta, Gilmar Mendes, atual ministro do STF, argumentou que, apesar de não transitado em julgado o processo, após a sentença condenatória em segunda instância, que só pode ocorrer com provas cabais de ônus do órgão acusador, o que, neste aspecto, prestigia o princípio da presunção de inocência, as vias ordinárias estariam consumidas e, portanto, a análise dos fatos já teria sido realizada. Deste modo, quando restasse apenas a possibilidade de recursos extraordinários, seria possível a antecipação da pena sem violar o princípio da presunção de inocência, que já teria sido garantido durante as vias ordinárias.

Para argumentar a atrocidade da decisão colegiada, Brasileiro traz também os argumentos a seguir (2020, p. 49):

Para justificar essa nova orientação foram apontados os seguintes fundamentos: a) deve ser buscado o necessário equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade; b) é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer, os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorreria uma espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa; c) se houve, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faria sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o faz o art. 637 do CPP; d) a Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado; e) não se pode afirmar que, à exceção das prisões em flagrante, temporária, preventiva e decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, todas as demais formas de prisão foram revogadas pelo art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, haja vista o critério temporal de solução de antinomias previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Se assim o fosse, a conclusão seria pela prevalência da regra que dispõe ser meramente devolutivo o efeito dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), visto que os arts. 995 e 1.029, § 5º, do CPC têm vigência posterior à regra do art. 283 do CPP. Portanto, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por tribunais de apelação;

Mendes (2018, p. 846), com novos argumentos, afirma que:

Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível

com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Note-se que a Lei da Ficha Limpa considera inelegíveis os condenados por diversos crimes graves nela relacionados, a partir do julgamento em Tribunal (art. 1º, I, e, da Lei Complementar n. 64/90, introduzido pela Lei Complementar n. 135/2010). Essa norma é constitucional, como declarado pelo Supremo Tribunal 977.

Utilizado como analogia o artigo 1, I, “e” da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar número 135 de 4 de junho de 2010) para que o então ministro Gilmar Mendes defendesse por meio de novo argumento a execução provisória da pena no âmbito processual penal, aquele traz:

São inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: [... ]

Aduz ainda Brasileiro outros argumentos também levantados para defender tal posicionamento (2020, p. 50)

f) em nenhum país do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema; g) a jurisprudência que assegurava a presunção de inocência até o trânsito em julgado de sentença condenatória vinha permitindo a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indistintos propósitos protelatórios, visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória, já que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (CP, art. 117, IV);32 h) quanto a eventuais equívocos das instâncias ordinárias, não se pode esquecer que há instrumentos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena, como, por exemplo, medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial (art. 1.029, § 5o, do novo CPC) e o habeas corpus. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente o acórdão condenatório recorrível, o acusado não estaria desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos. Isso seria possível, por exemplo, em situações nas quais estivesse caracterizada a verossimilhança das alegações deduzidas na impugnação extrema, de modo que se pudesse constatar a manifesta contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada da Corte a quem se destina a impugnação.

Mendes esclarece (2018, p. 844):

Em ambos os julgamentos, concorri com a maioria. A reflexão sobre o tema me levou à mudança de posicionamento. A nova jurisprudência reflete, de forma mais adequada, a Constituição, por duas razões: (i) a presunção de não culpabilidade tem âmbito de proteção passível de conformação pela

legislação ordinária. Ainda que assim não se entenda, (ii) a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias. (i) Âmbito de proteção da presunção de não culpabilidade. O núcleo essencial da presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo.

Deste modo, não exigindo mais o trânsito em julgado do processo, o STF, com esta decisão, exerceu ativismo judicial, procedendo além dos poderes que lhe são atribuídos pela ordem jurídica, ratificando uma antecipada execução da pena estabelecida por sentença condenatória que ainda estava sujeita a recurso, o que divergia do texto trazido pela Constituição Federal e o que também causou enorme insegurança jurídica. Bitencourt entende, portanto, que (2018, p. 77):

Essa postura autoritária que vem assumindo ultimamente, como órgão plenipotenciário, não o transforma em uma Instituição mais identificada com a sociedade brasileira. Pelo contrário, cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os sentimentos democrático e republicanos e gera insustentável insegurança jurídica na coletividade brasileira. As garantias constitucionais são flagrantemente respeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorre no julgamento do HC 126.292, ocorrido no dia 17 de fevereiro de 2016.

Junior, discordando do entendimento do STF, aduz (2020, pp. 141-142):

E o conceito de trânsito em julgado tem fonte e história e não cabe que seja manejado irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcido de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF, como fez no HC 126.292 (autorizando a execução antecipada da pena), com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. Quando o Brasil foi descoberto, em 1500, o mundo já sabia o que era trânsito em julgado... É temerário admitir que o STF possa “criar” um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação

Segundo Bitencourt (2018, p. 81):

Os princípios e garantias consagrados no texto constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados, e o Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, está aí para reafirmá-los, defendê-los e impedir decisões que contrariem, reformando-as ou cassando-as, exatamente como tem feito a partir da Carta Magna de 1988, salvo raras e honrosas exceções (HC 126.292).

Junior (2020, p. 901) entende que:

É errado afirmar que alguém é considerado “culpado” após a decisão de segundo grau porque dela somente cabem recursos especial e extraordinário, que não permitem reexame de provas. Primeiramente há que se compreender que no Brasil adotamos a “culpabilidade normativa”, ou seja, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está “comprovada legalmente a culpa”, como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Brasileiro ainda afirma (2020, p. 51):

Por mais que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8o, n. 2)<sup>34</sup> estenda o princípio da presunção de inocência até a comprovação legal da culpa, o que ocorre com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso - lembre-se que a mesma Convenção Americana assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8o, § 2o, “h”) -, não se pode perder de vista que a Constituição Federal é categórica ao afirmar que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpabilidade de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável (princípio pro homine).

Entretanto, aduz Nucci acerca do HC 126.292-SP que (2020, p. 152):

Por critérios de política criminal, o Pretório Excelso, em apertada maioria, houve por bem combater a chamada impunidade, visto que muitos defensores se valem (ou valiam-se) dos recursos especial e extraordinário somente para postergar o trânsito em julgado, buscando atingir a prescrição da pena aplicada em concreto.

Como no capítulo 7 será esclarecido, o STF se posicionou a respeito do princípio da proibição do retrocesso, que ilumina acerca da vedação do retrocesso de direitos e garantias fundamentais já estabelecidas pela Constituição Federal.

Aduz, deste modo, Bitencourt (2018, p. 82):

Aliás, com a decisão prolatada no HC 126.292, contrariou sua própria orientação (ARE 639.337) no sentido de não poder restringir, alterar ou revogar garantias sociais e humanitárias já incorporadas no Estado Democrático de Direito. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1696 contém cláusula que impede, expressamente, que tratados posteriores

sejam “interpretados no sentido de limitar o gozo e exercícios de quaisquer direitos ou liberdades que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados” (art. 29, b).

Um dos argumentos utilizados para a antecipação da pena era o artigo 637 do Código de Processo Penal: “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.”

Brasileiro entende que o efeito suspensivo (2020, p. 1734):

Consiste na impossibilidade de a decisão impugnada produzir seus efeitos regulares enquanto não houver a apreciação do recurso interposto. Interessante perceber que, na verdade, não é o recurso interposto que possui efeito suspensivo. O que realmente suspende a eficácia da decisão não é a interposição do recurso, mas sim sua recorribilidade, ou seja, a mera previsão de que um recurso cabível contra aquela decisão é dotado de efeito suspensivo. Afinal, mesmo antes da interposição do recurso, e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão já se mostra ineficaz.

Deste modo, não possuindo efeito suspensivo, o que se entendia era que a sentença condenatória produzia seus efeitos plenamente, sem que necessitasse, portanto, de um trânsito em julgado para que o indivíduo fosse considerado culpado, violando a Constituição Federal de forma lamentável.

Com relação a esse argumento, Brasileiro estabelece (2020, p. 51):

Não bastasse a Constituição Federal, é fato que a legislação infraconstitucional também não dá acolhida à nova orientação dos Tribunais Superiores. Explica-se: apesar de o art. 637 do CPP autorizar a execução provisória de acórdão condenatório pelo fato de os recursos extraordinários não serem dotados de efeito suspensivo, este dispositivo foi tacitamente revogado pela Lei nº 12.403/11, que conferiu nova redação ao art. 283 do CPP (“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”).

Portanto, a partir da criação do artigo 283 do Código de Processo Penal, criado posteriormente ao artigo 637 e, seguindo o princípio temporal no caso de antinomia de normas, a nova redação trazida pelo artigo 283 revogou o artigo 637, não podendo mais ser argumento para violar o princípio da presunção de inocência.

Também acerca do efeito suspensivo, aduz Junior (2020, p. 902):

E a ausência de efeito suspensivo desses recursos? Primeiramente não guarda qualquer relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado (marco exigido pela Constituição para o fim da presunção de inocência). Em segundo lugar, é mais um civilismo fruto da equivocada adoção da teoria geral do processo, que desconsidera as categorias jurídicas próprias do processo penal e também a eficácia constitucional de proteção que inexiste no processo civil.

A polêmica acerca do assunto continuou e o STF se manifestou novamente sobre o assunto em 2019.

De acordo com Toron (2019, p. 118):

A questão envolvendo a presunção de inocência voltou à pauta do STF por meio do julgamento do HC 152.752, que foi impetrado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no intuito de impedir a execução provisória da pena diante da confirmação de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4).

O pedido foi analisado pelo plenário do STF, que denegou a ordem em votação majoritária.

Antes de explicitar o modo como votaram os ministros, é importante registrar que um *habeas corpus* tem seu leito natural em uma das turmas da Suprema Corte. Para um *writ* ser levado ao plenário deve existir uma prejudicial, uma condição de possibilidade (por exemplo, uma discussão de constitucionalidade).

Segundo Junior (2020, p. 901-902), a antecipação da pena após sentença condenatória em segunda instância:

É inconstitucional, pois não se reveste de caráter cautelar e não foi recepcionada pelo art. 283 do CPP, além de violar a presunção de inocência ao tratar alguém de forma análoga à de um condenado, antes do trânsito em julgado. Neste sentido, após uma oscilação de entendimento inaugurada pelo julgamento (errôneo) do HC 126.292 em 2016, o STF julgou procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, em 2019, que tinham por objeto o art. 283 do CPP. Com isso, a execução antecipada não foi recepcionada pela Constituição.

Eis que, então, foi proposta ação declaratória de constitucionalidade número 54, em que novamente o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento.

Junior aduz (2020, p. 901):

Neste sentido, após uma oscilação de entendimento inaugurada pelo julgamento (errôneo) do HC 126.292 em 2016, o STF julgou procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, em 2019, que

tenham por objeto o art. 283 do CPP. Com isso, a execução antecipada não foi recepcionada pela Constituição.

Desta vez, portanto, o STF seguiu, como devido, a Constituição Federal e protegeu o seu texto e o princípio da presunção de inocência nele inserido. Deste modo, diante da decisão desta Ação Declaratória de Constitucionalidade, entendeu-se que, em regra, somente é possível a execução da pena após o trânsito em julgado do processo, mantendo, então, o acusado livre e com status de inocente (ou não culpado para alguns) até este momento.

## 7 (IN)VIABILIDADE DE ALTERAÇÃO OU MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Muito se discute a respeito da alteração da Constituição Federal no que se refere ao princípio da presunção de inocência. Sugere-se, muitas vezes, não o afastamento por completo do princípio, mas sim a mitigação deste, já que é uma garantia necessária para o caso de erros do Poder Judiciário. Em contrapartida, a mitigação também é necessária para que o exercício do Poder Punitivo do Estado não seja comprometido, para que ele seja eficaz e também para que a coletividade continue sendo protegida, sem que ocorra a impunidade do criminoso por meio, por exemplo, da prescrição da pena, que acaba ocorrendo diante da grande quantidade de demandas que precisam ser resolvidas pelo poder judiciário.

Por outro lado, é necessário refletir sobre a viabilidade desta alteração. Por este motivo, neste capítulo, ocorrerá uma reflexão acerca da possibilidade ou não da alteração ou mitigação do princípio em questão.

Primeiramente, é necessário evidenciar que a atual Constituição brasileira é um instrumento rígido criado pelo Poder Constituinte Originário

Segundo Moraes (2019, p. 25):

É predominante que a titularidade do poder constituinte pertence ao *povo*, pois o Estado decorre da soberania popular, cujo conceito é mais abrangente do que o de nação. Assim, a vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes. Celso de Mello, corroborando essa perspectiva, ensina que as Assembleias Constituintes “não titularizam o poder constituinte. São apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa”.<sup>3</sup> Necessário transcrevermos a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de que “o povo pode ser reconhecido como o titular do Poder Constituinte mas não é jamais quem o exerce. É ele um titular passivo, ao qual se imputa uma vontade constituinte sempre manifestada por uma elite”. Assim, distingue-se a *titularidade* e o *exercício* do Poder Constituinte, sendo o *titular* o povo e o *exercente* aquele que, em nome do povo, cria o Estado, editando a nova Constituição.

Quando acima se fala em Constituição Federal como instrumento rígido, significa dizer que, para que seja alterada a Constituição Federal, demanda-se procedimento mais dificultoso frente às outras leis presentes no ordenamento jurídico. Isso porque a Constituição Federal, em nosso país, tem supremacia formal por conta de sua rigidez e é hierarquicamente superior às outras leis, de modo que, inclusive, é com base nela (Constituição Federal) que se analisa a validade das outras leis do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade.



De acordo com Mendes (2018, p. 93):

A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o status hierárquico máximo da Constituição no conjunto das normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade se expressa na impossibilidade de o legislador ordinário modificar a Constituição, dispondo em sentido divergente do que o constituinte estatuiu. Se a Constituição pode sofrer transformações pela mesma maneira como se elaboram as demais leis, não se assegura a supremacia da Carta sobre o legislador ordinário. A rigidez distingue o poder constituinte dos poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que hão de nela encontrar fundamento último. A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais.

Masson (2016, p. 38) revela também um modelo de Constituição rígida nos Estados Unidos:

Por fim, outro exemplo de Constituição notadamente rígida é a dos Estados Unidos da América, que somente pode ser modificada se a proposta de alteração for aprovada por 2/3 dos componentes das duas Casas do Congresso (Câmara de Representantes e Senado) e se, depois disso, for ratificada por três quartos dos Estados da Federação nas Assembleias Legislativas ou em Convenções estaduais

Com relação à Constituição Federal Brasileira e com vistas ao seu artigo 60, é possível, portanto, observar expressamente o procedimento diferenciado e mais rigoroso para que haja efetivamente a alteração das normas contidas dentro desta Carta Magna:

Artigo 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

- I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
- II - do Presidente da República;
- III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Segundo Lenza (2020, p. 97):

Rígidas são aquelas Constituições que exigem, para a sua alteração (daí preferirmos a terminologia alterabilidade), um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais. Lembramos que, à exceção da Constituição de

1824 (considerada semirrígida), todas as Constituições brasileiras foram, inclusive a de 1988, rígidas!

Portanto, se entendida possível, a alteração nos termos deste princípio se daria apenas mediante emenda constitucional, já que somente deste modo é possível a alteração desejada de normas constitucionais, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil é rígida e demanda processo mais elaborado e severo, sem flexibilidade.

Lenza ainda completa (2020, p. 98):

Finalmente, segundo Alexandre de Moraes, a brasileira de 1988 seria exemplo de Constituição super-rígida, já que, além de possuir um processo legislativo diferenciado para a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam-se como imutáveis (cláusulas pétreas, art. 60, § 4.º).

Esta última classificação, contudo, não parece ser a posição adotada pelo STF, que tem admitido a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4.º, desde que a reforma não tenda a abolir os preceitos ali resguardados e dentro de uma ideia de razoabilidade e ponderação. Foi o caso da reforma da previdência que admitiu a taxaço dos inativos, mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (as situações já consolidadas das pessoas aposentadas que passaram a ser taxadas).

Porém, Masson estabelece que (2016, p. 38):

Não é este, todavia, o entendimento da doutrina majoritária, que compreende a Constituição de 1988 enquanto rígida, sob a justificativa de que o que caracteriza a rigidez é exatamente o procedimento diferenciado de alteração - marcado por quórum de vocação qualificado, rejeição ao turno único, ampliação das discussões - e não a existência de um núcleo insuperável, insuscetível à ação restritiva ou abolitiva do poder reformador, que pode existir ou não nos documentos rígidos.

Porém, além de possuir rigoroso procedimento para sua alteração, a Constituição Federal também traz um dispositivo de limitação material quanto a algumas de suas normas, de modo que estas, para parte da doutrina, não podem nem mesmo sofrer alteração por proposta de emenda à Constituição. Diante de entendimento da outra parte dos doutrinadores e da jurisprudência do STF, é possível a alteração, desde que não enseje na abolição do direito.

De qualquer forma, entre estas chamadas cláusulas pétreas, está o princípio da presunção de inocência, que está incluso no inciso IV do parágrafo quarto do artigo 60 por estar previsto no artigo 5, LVII da Constituição Federal, rol de direitos e garantias fundamentais conferidos a todo e qualquer indivíduo: "Não será objeto de

deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

O que significa dizer que, mesmo através do instrumento de proposta de emenda constitucional que possibilita a votação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 60 da CF, para possíveis alterações constitucionais, não é possível modificar este princípio, dado o grau de importância deste para a segurança contra as arbitrariedades do Estado, para o indivíduo, para sua liberdade individual e sua dignidade.

Segundo Bitencourt (2018, p. 81):

Na verdade, como destaca José Roberto Machado: “As questões afetas aos direitos humanos devem ser analisadas na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação. A partir daí, não há mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos fundamentais reconhecidos, o processo é de agregar novos direitos ditos fundamentais ou humanos”

Desta forma, para o autor, a partir do momento que se reconhece um direito fundamental na ordem interna ou até mesmo através de tratados internacionais adentrados ao ordenamento jurídico, consolidado estará, sendo inviável abolí-lo, nem mesmo retroceder diante do que ele assegura.

Aduz Martins (2019, p. 809):

As cláusulas pétreas não surgiram na Constituição de 1988. Constituições brasileiras anteriores já previram matérias intangíveis do texto constitucional. Em constituições brasileiras anteriores, duas foram as cláusulas pétreas: Federação e República (art. 90, 4º, da Constituição de 1891, art. 178, § 5º, da Constituição de 1934; art. 217, § 6º, da Constituição de 1946, e art. 50, § 1º, da Constituição de 1967). Não obstante, de forma inédita, a Constituição de 1988 foi a primeira constituição brasileira a prever os direitos e garantias como cláusulas pétreas.

Portanto, é por meio da Constituição Federal de 1988 que o princípio da presunção de inocência tornou-se cláusula pétrea, pois a partir de tal Carta Magna se concretizou a limitação material a respeito dos direitos e garantias fundamentais, os quais abrangem o princípio estudado.

Mendes (2018, p. 182) ensina a finalidade da cláusula pétrea:

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição. A cláusula pétrea não existe tão só para

remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

A limitação material chamada de cláusula pétrea, portanto, além de proteger a democracia, a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais, serve também para manter a intenção principal do Constituinte Originário a respeito das mais importantes questões do Estado para que não se escape do objetivo principal para o qual foi criada.

Bitencourt (2018, p. 81) ainda evidencia:

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, dos bons tempos, já se posicionou adotando o *princípio da vedação ao retrocesso*, destacando que, por tal princípio, impõe-se ao Estado o impedimento de abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização por inércia ou omissão, *verbis*:

“A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar-me-diante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”. (ARE-639337 - Rel. Min. Celso de Mello).

Em vista disso, não é possível que o poder derivado reformador (aquele que tem a competência para alterar as regras trazidas pela Constituição Federal através do procedimento indicado em lei) modifique a Constituição por meio de emenda constitucional e muito menos por outros atos normativos hierarquicamente inferiores em relação aos direitos e garantias fundamentais criados por ela, já que, em relação ao princípio da presunção de inocência, não é cabível nem mesmo proposta de emenda constitucional. Há, porém, uma discussão polêmica acerca da viabilidade de alteração ou modificação destas cláusulas pétreas por um novo poder constituinte originário, já que este não se limite ao poder constituinte originário anterior.

Traz Lenza (2020, p. 162):

Em se tratando de manifestação de um “poder” derivado, os limites foram estabelecidos pelo poder constituinte originário. Muito se questionou a respeito da amplitude desses limites. Teorias surgiram apontando uma limitação total; outras apontando a condicionalidade da produção da revisão desde que o plebiscito previsto no art. 2.º do ADCT modificasse a forma ou sistema de governo. A teoria que prevaleceu foi a que fixou como limite material o mesmo determinado ao poder constituinte derivado reformador, qual seja, o limite material fixado nas “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4.º, da CF/88, vale lembrar, a proibição de emendas tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.

Segundo Moraes (2019, p. 27):

O Poder Constituinte é *ilimitado e autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.

Por conta desta característica de ilimitado e autônomo, o Poder Constituinte não estaria vinculado, portanto, aos termos da Constituição anterior, escrita pelo Poder Constituinte Anterior.

Ainda, de acordo com Martins (2020, p. 815):

Há que se considerar essa exceção, já que cabe apenas ao poder constituinte originário (e não ao poder constituinte reformador) estabelecer quais as cláusulas irredutíveis da Constituição.

Questiona, então, Mendes (2018, p. 179):

A ideia mesma de que haja limites ao exercício do poder de rever a Constituição é motivo de controvérsia. A perplexidade surge de uma verificação: se ambos os poderes – originário e de reforma – são exercidos por representantes do mesmo povo, por que um desses poderes deve estar subordinado ao outro? Afinal, o que justifica que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro, em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto petrificado?

E para responder a própria pergunta, Mendes afirma (2018, p.179):

Como quer que seja, o que explica a consagração dessas cláusulas de perpetuidade é o argumento de que elas perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas. E o poder constituinte pode estabelecer essas restrições justamente por ser superior juridicamente ao poder de reforma.

Na realidade, a se aceitar o argumento, a geração seguinte não se vê inexoravelmente presa às decisões da geração anterior. Ela as segue enquanto entender que o deve. Nada impede que o povo, fazendo-se ouvir por meio de manifestação do poder constituinte originário, rompa com as

limitações impostas pela Constituição em vigor e se dê um outro diploma magno. Enquanto isso não ocorre, o que se pode dizer é que a geração subsequente à que editou a Constituição com as suas limitações materiais concorda com elas. Anuência que adviria do fato de não exercer o poder constituinte originário.

De acordo com Barroso (2020, p. 142):

As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Ainda segundo Mendes (2018, p. 180):

Em torno das cláusulas pétreas aglutinam-se três correntes doutrinárias, em boa medida tributárias das discussões filosófico-políticas que o tema da limitação ao poder de reforma suscita. Há os que disputam a sua legitimidade e eficácia jurídica. Há os que admitem a restrição, mas a tem como relativa, sustentando que ela pode ser removida pelo mecanismo da dupla revisão. Há os que aceitam a limitação material e a tem como imprescindível e incontornável.

O argumento dos que sustentam ser juridicamente inaceitáveis as cláusulas pétreas (Loewenstein e Joseph Barthélemy) apega-se à ideia de que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambos formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Não haveria por que considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Diz-se desarrazoado supor a existência de uma autolimitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário. A declaração de intangibilidade, por isso, teria uma função política, mas não força jurídica. Outros entendem que as normas que impedem a revisão de certos preceitos básicos são juridicamente vinculantes, mas não seriam elas próprias imunes a alterações e à revogação. Se forem suprimidas, num primeiro momento, abre-se o caminho para, em seguida, serem removidos os princípios petrificados. Esse procedimento ganha o nome de dupla revisão. Assim, aceita-se que o poder constituinte originário estabeleça que certas cláusulas estejam ao abrigo de mudanças, mas se propõe que essa determinação somente deverá ser observada enquanto ela própria estiver em vigor, podendo ser revogada pelo poder de revisão.

Se nem mesmo por emenda constitucional é possível alterar ou abolir as cláusulas pétreas guiadas pelo Constituinte Originário, muito menos poderão alterá-las outros atos normativos, já que, segundo interpretação diante da priâmide de

Kelsen, estes são hierarquicamente inferiores à Constituição Federal e às emendas constitucionais. Isso devido à rigidez da Constituição Federal, que, como acima explanado, possui procedimento mais severo com relação a edição de emendas constitucionais.

Para entender a pirâmide de Kelsen, acima citada, explica Neto (2019, p. 01)

Essa pirâmide, concebida pelo notável jurista austríaco, serve de fundamento para sua teoria e baseia-se na ideia de que há normas jurídicas **inferiores** (normas fundadas) que, necessariamente, têm que observar e respeitar o disposto nas normas jurídicas **superiores** (normas fundantes).

De acordo com Lenza (2020, p. 183):

O legislador constituinte originário criou mecanismos por meio dos quais se controlam os atos normativos, verificando sua adequação aos preceitos previstos na “Lei Maior”. Como requisitos fundamentais e essenciais para o controle, lembramos a existência de uma Constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para resolver os problemas de constitucionalidade, órgão esse que variará de acordo com o sistema de controle adotado

Segundo Mendes (2018, p. 94):

A rigidez, expressando a supremacia da Constituição, demanda, também, a instituição de um sistema de controle de validade dos atos praticados pelos poderes constituídos, em face das normas do Texto constitucional. A rigidez, para ser efetiva, requer um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como garantia eficaz da suprallegalidade das normas constitucionais. A Constituição brasileira de 1988 é do tipo rígido, e a sua rigidez se eleva à condição de princípio constitucional, parâmetro para a solução de problemas práticos.

Para finalizar, Lenza termina (2020, p. 183-184):

Trata-se do princípio da supremacia da Constituição, que, nos dizeres do Professor José Afonso da Silva, reputado por Pinto Ferreira como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas”. Desse princípio, continua o mestre, “resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical

resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. A Constituição está, pois, no ápice da pirâmide, orientando e “iluminando” os demais atos infraconstitucionais.

Pelos motivos destacados, caso um ato normativo (como leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) tenha o objetivo de evidenciar qualquer matéria que envolva as cláusulas pétreas, modificando-as, serão flagrantemente inconstitucionais, podendo ser atacadas pela medida cabível para o controle da Constituição Federal e para que se fortaleça a segurança jurídica para a sociedade, valorizando, portanto, a Constituição Federal Brasileira, que deve ser respeitada por todos os outros atos normativos, não só por conta da constitucionalização do direito como um todo e pelo fato de a Constituição Federal carregar consigo as questões principais do Estado de Direito, mas também já que hierarquicamente superior, seguindo a pirâmide de Kelsen, justamente pela rigidez constitucional adotada pelo Constituinte Originário, como acima esclarecido.



## 8 CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência, também denominado como princípio da não culpabilidade ou então princípio do estado de inocência, inovação trazida expressamente pela Constituição Federal Brasileira de 1988, se trata de direito fundamental do ser humano que garante ao indivíduo seu status de inocência até que seja transitada em julgado a sentença que o condene pelo delito praticado, de modo que se este for suspeito, indiciado ou acusado por um delito (abrangendo não só crimes, como contravenções penais), ele manterá não só o status de inocente durante todo o julgamento, como deverá responder em liberdade (salvo exceções previstas constitucionalmente: as prisões cautelares, que serão devidamente justificadas pelo magistrado de acordo com os requisitos legais e que não retirarão do acusado o status de inocente, já que a prisão cautelar tem finalidade de garantir a ordem pública, do processo e da investigação criminal, diferentemente da prisão pena, que tem finalidade educativa e punitiva), até que sobrevenha a ele condenação transitada em julgada, isto é, sentença condenatória definitiva e irrecorrível, momento em que, só então, o condenado terá seu status convertido para culpado.

O princípio também pode ser verificado através de suas ramificações e abrange o ônus da prova do processo penal, que deverá ser imposto somente à acusação, já que, durante todo o processo, o indivíduo será considerado inocente e cabe à acusação a prova em contrário, que deverá ser suficiente para condenar o réu e que também deverá ser lícita nos moldes do ordenamento jurídico.

Por este motivo, o acusado apenas se defenderá do que for alegado contra ele, não devendo ser constrangido em hipótese alguma a colaborar com as investigações, nem mesmo ser coagido a confessar e, por isso, possui também o direito constitucional ao silêncio, sem que este seja considerado desfavoravelmente a ele. Também é vedado o uso de algemas no acusado, que só poderão ser utilizadas em casos extremamente necessários, já que elas também ferem o princípio em questão.

Além disso, o princípio vai de encontro ao princípio do *in dubio pro reo* e também veda ao juiz condenar um indivíduo quando houver dúvidas a respeito da autoria e da materialidade do crime, isto é, o juiz somente poderá condenar o acusado quando a culpabilidade do mesmo for definitivamente provada. Neste caso, somente

após trânsito em julgado da sentença condenatória, o indivíduo poderá ser considerado culpado.

Desta forma, é possível verificar, portanto, a natureza de norma de julgamento, de norma de tratamento e de norma probatória do princípio em questão.

É importante destacar que as garantias acima descritas são fruto de um longo e sofrido processo histórico e que são tão importantes por se tratarem de conquistas frente às arbitrariedades por parte do Estado que antes ocorriam contra a liberdade dos indivíduos. Através do princípio, é notória a não mais existência de torturas, ordálios e formas perturbadoras de se conseguirem provas contra o acusado em questão, já que a prova de que ele é realmente culpado cabe única e exclusivamente à acusação e de modo lícito e suficiente, conforme o princípio da legalidade, conferindo, também, segurança jurídica a todos. Não há mais, portanto, qualquer tipo de presunção contra o acusado.

É importante destacar que, apesar das decisões contraditórias (e até mesmo inconstitucionais) do Supremo Tribunal Federal, o Guardião Constitucional, atualmente, mantém a adequada posição diante da Carta Magna a respeito da prisão após condenação em segunda instância, inadmitindo-a. E, por este motivo, a tutela da liberdade individual, como um dos bens jurídicos mais precisos, fica garantida pelo princípio previsto em lei e pelo Órgão Máximo do Poder Judiciário no Brasil, firmando uma das grandes características de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o qual respeita, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

Por fim, destaca-se a inviabilidade de alteração ou mitigação do princípio por parte do Poder Constituinte Derivado, que não poderá ocorrer nem mesmo através de emenda constitucional, já que o princípio, como direito fundamental, possui limitação material, caracterizando cláusula pétrea. Assim, também não poderá sofrer alterações por quaisquer outros atos normativos, já que, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 ser rígida, existe uma hierarquia constitucional dela sobre estes outros atos, que deverão a respeitar, sob pena de serem atacados pelos meios cabíveis e declarados flagrantemente inconstitucionais devido ao controle de constitucionalidade previsto na própria Carta Magna.

## 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Leonardo. **Evolução histórica do direito penal**. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>. Acesso em: 28 set. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 11 out. 2020.

TORON, Alberto Zacharias *et al.* **Decisões controversas do STF - Direito Constitucional em Casos**. São Paulo: Editora Forense, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Método, 2019.

BARROSO, Roberto Luis. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BOTTINI, Pierpalo Cruz. Deixem em paz a presunção de inocência. **Revista do Advogado**, São Paulo, vol. 32, n. 117, 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 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 out. 2020.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil: análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**. 29 f. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2017.

CAPEZ, Fernando; HANS, Robert. **Estado de inocência e execução provisória da pena**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-out-22/capez-robert-estado-inocencia-execucao-provisoria-pena#:~:text=Estado%20de%20inoc%C3%Aancia%20e%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20da%20pena,-22%20de%20outubro&text=Limitou%20o%20alcance%20do%20princ%C3%ADpio,d e%20inoc%C3%Aancia%20\(CF%2C%20art.&text=Ministro%20Eros%20Grau%2C%20informativo%20n,a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20da%20pena](https://www.conjur.com.br/2019-out-22/capez-robert-estado-inocencia-execucao-provisoria-pena#:~:text=Estado%20de%20inoc%C3%Aancia%20e%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20da%20pena,-22%20de%20outubro&text=Limitou%20o%20alcance%20do%20princ%C3%ADpio,d e%20inoc%C3%Aancia%20(CF%2C%20art.&text=Ministro%20Eros%20Grau%2C%20informativo%20n,a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20da%20pena). Acesso em: 11 out. 2020.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. 358 f. Dissertação de Mestrado - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CARVALHO, Phillippe Oliveira. **Análise sobre o desenvolvimento das punições e sua crise**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57820/evolucao-da-pena>. Acesso em: 11 out. 2020

DELMANTO JR, Roberto. **Desconsideração prévia de culpabilidade e presunção de inocência**. Disponível em: [http://www.delmanto.com/Conteudo/artigos/1998/Roberto%20Jr/desconsideracao\\_pr\\_evia\\_culpabilidade.pdf](http://www.delmanto.com/Conteudo/artigos/1998/Roberto%20Jr/desconsideracao_pr_evia_culpabilidade.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

DIÓGENES JR, José Eliaci Nogueira Diógenes. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29835/geracoes-ou-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 out. 2020

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 26ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Luís Roberto; RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **Princípio de presunção de inocência ou de não-culpabilidade: estudo crítico do seu sentido, alcance e consequências como direito fundamental de tratamento jurídico-constitucional garantístico**. Disponível em: [http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis\\_Roberto\\_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf](http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luis_Roberto_Gomes/Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20-%20Carol%20-%20Luis%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A presunção de inocência e a não previsão de efeito suspensivo nos recursos extraordinário e especial**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7941/5%20A%20presuncao%20de%20inocencia%20e%20a%20nao%20previsao%20de%20efeito%20suspensivo%20nos%20recursos%20extraordinario%20e%20especial.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 11 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2019.

LIMA, Ricardo Juvenal. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**. 106 f. Monografia de graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/166559/A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica%20do%20Princ%C3%ADpio%20da%20Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%Aancia%20no%20Processo%20Penal%20Brasileiro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 out. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MACHADO, Cleber Queiroz. **A função garantidora do inquérito policial**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5175/A-funcao-garantidora-do-inquerito-policial>. Acesso em 26/08/2020. Acesso em: 11 out. 2020.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Londres: Editora Penguin, 2010.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

*MILLER, Marcelo*. **Juiz das garantias é avanço e pode fortalecer cultura de imparcialidade**. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2012.

NUNES JR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal**. São Paulo: Editora Forense, 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A presunção de inocência e a segurança jurídica**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77236/a-presuncao-de-inocencia-e-a-seguranca-juridica>. Acesso em: 11 out. 2020.

ROSEFIELD, Luis; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Direitos políticos e princípio de presunção de inocência: a Lei da Ficha Limpa frente à Constituição**. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11411/2/Direitos\\_politicos\\_e\\_principio\\_de\\_presuncao\\_de\\_inocencia\\_a\\_Lei\\_da\\_Ficha\\_Limpa\\_frente\\_a\\_Constituicao.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11411/2/Direitos_politicos_e_principio_de_presuncao_de_inocencia_a_Lei_da_Ficha_Limpa_frente_a_Constituicao.pdf). Acesso em: 11 out. 2020.

SCHREIBER, Simone. **Em defesa da constitucionalidade do juiz de garantias**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SILVA, Enio Morais da. **O Estado Democrático de Direito**. Disponível em: [https://www.greenme.com.br/wp-content/uploads/2019/09/ril\\_v42\\_n167\\_p213.pdf](https://www.greenme.com.br/wp-content/uploads/2019/09/ril_v42_n167_p213.pdf). Acesso em: 11 ago. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. A presunção de inocência cessa no segundo grau da jurisdição?. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 15, n.87, 2019.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal aleman. parte general.*** 11 ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WINTER, Lairton Moacir. **A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel.** Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/viewFile/1532/1250>. Acesso em: 11 out. 2020.