



**Universidade Católica do Salvador
Pró Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação
Especialização em Ciências Criminais**

Jaqueline Lima Sales da Silva

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA
FUNDAMENTAL:
APONTAMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL DE 1941**

**Salvador
2021**

Jaqueline Lima Sales da Silva

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA
FUNDAMENTAL:
APONTAMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL DE 1941**

Artigo apresentada a Pro Reitoria de Pesquisa e Pós Graduação da Universidade Católica do Salvador, como Trabalho de Conclusão de Curso, requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista em Ciências Criminais.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Thaize de Carvalho Correia

**Salvador
2021**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em nome de Jesus, pela força que me deste e pelo cuidado incessante. Agradeço a meu esposo Claudionor, pelo apoio, força e amor, indispensáveis na jornada. Agradeço aos meus pais que me motivam a continuar caminhando, agradeço as minhas irmãs e sobrinhos que inspiram a desejar dias melhores.

Obrigada aos professores e professoras que fazem parte do meu processo de ensino e aprendizagem, em especial a professora Dr^a Thaize de Carvalho que me ajudou na elaboração do presente trabalho.

“Não sabes, não ouviste que o eterno Deus, o Senhor, o Criador dos confins da terra, nem se cansa, nem se fatiga? Não há esquadrinhação do seu entendimento. Dá vigor ao cansado e multiplica as forças ao que não tem nenhum vigor. Os jovens se cansarão e se fatigarão, e os jovens certamente cairão. Mas os que esperam no Senhor renovarão as suas forças e subirão com asas como águias; correrão e não se cansarão; caminharão e não se fatigarão.”

Isaías 41: 28-31

SIGLAS

ADC - Ações Declaratórias de Constitucionalidade

CF- Constituição Federal

CIDH- Comissão Interamericana de Direitos Humanos

DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional

INFOPEN- Informações Penitenciárias

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 2	
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITO E TRAJETÓRIA HISTÓRICA	9
CAPÍTULO 3	
ESTADO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941	15
CAPÍTULO 4	
ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: ESTUDO DE CASOS NO BRASIL	20
CAPÍTULO 5	
INCONSTITUCIONALIDADE, INSEGURANÇA JURÍDICA OU MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL? AS ÚLTIMAS DECISÕES DO STF SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	24
CONSIDERAÇÕES FINAIS	29
REFERÊNCIAS	30

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA
FUNDAMENTAL: APONTAMENTOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL DE 1941¹**

Jaqueline Lima Sales da Silva²

RESUMO:

O presente artigo tem como principal enfoque, traçar uma análise dissertativa e reflexiva sobre a importância da correta incidência do Princípio do Estado de Inocência, disposto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, bem como, demonstrar sua necessária e indispensável aplicação para fortalecimento das garantias e direitos fundamentais, difundidas como corolário do Estado Democrático de Direito. Pesquisar e analisar o tema sob uma perspectiva histórica e jurídica nos possibilita pensar o enunciado dentro de um panorama mais amplo, chamando atenção para os aspectos fundantes do princípio, ou seja, ao fato de que, se ele existe, sustenta-se em uma razão lógica de ser, que nesse caso, assenta-se, principalmente na salvaguarda da liberdade individual, tal qual, do devido processo legal, indispensável como instrumento de proteção e garantia de direitos.

Palavras-chave: Estado de Inocência, Estado democrático, Constituição Federal de 1988 e Devido Processo Legal.

RESUME:

The main focus of this article is to outline a reflective and informative analysis on the importance of the correct incidence of the Principle of the State of Innocence, provided for in the Federal Constitution of 1988, as well as to demonstrate its necessary achievement to strengthen the guarantees and fundamental rights disseminated as a corollary. of the Democratic Rule of Law. Tracing a historical trajectory leads us to think about the issue within a broader panorama, calling attention to note that if the principle exists, it is based on a reason for being, which in this case, is based on the safeguarding of individual freedom, such which, due legal process.

Keyword: State of Innocence, Democratic State, Federal Constitution of 1988 and Due Legal Process.

¹ Artigo elaborado para obtenção do Título de Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Pós-graduanda em Ciências Criminais na Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Bacharela em Direito-UFBA e Bacharela e Licenciada em História com Concentração em Patrimônio Cultural (UCSAL).
Endereço eletrônico: jaquelinelimasales@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo, tomará como base principal de fundamentação a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, considerada Carta Magna, isto é, pilar de sustentação de todas as normas, leis e princípios que vigoram no país.

O principal objetivo desse artigo é analisar o princípio da presunção de inocência como garantia fundamental à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Código de Processo Penal de 1941.

Nesse recorte, compreendemos que para uma correta interpretação dos dispositivos constitucionais, faz-se necessário a observância de seus princípios fundamentais, que são pressupostos indispensáveis para a manutenção da segurança jurídica e do Estado democrático.

Em linhas gerais, nos debruçaremos para estudar a necessidade da observância e eficácia jurídica do princípio do estado de inocência enquanto direito fundamental constitucional que inclusive rege a prisão processual disposta no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.

Analisaremos ainda como este princípio tem sido empregado ou relativizado ante as constantes mudanças interpretativas advindas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, principalmente, no que se refere ao julgamento do *Habeas Corpus* 12.6292/SP e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54.

Assim sendo, analisando o estudo por um véis constitucional e processual penal é necessário nos debruçaremos para estudar a correta observância e eficácia jurídica do princípio do estado de inocência enquanto direito fundamental constitucional e processual penal que objetiva resguardar a liberdade individual e a presunção de inocência do acusado.

Para fundamentar o artigo, serão utilizados diversos teóricos que pesquisam a temática, sendo assim, faremos um estudo fundado em fontes bibliográficas e documentais, incluindo os influxos históricos, de suma importância para refletirmos de modo contextualizado as bases principiológicas e interpretativas que o princípio vem ganhando.

Depois de um panorama geral e inicial, passemos a descrever os pontos de destaque do artigo que se dividirá em seis capítulos incluindo a introdução e a conclusão. No segundo capítulo, abordaremos a trajetória histórica do princípio até sua inclusão na Constituição de 1988, no terceiro capítulo, trataremos sobre estado de inocência na Constituição Federal de

1988 e no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. No capítulo quatro, brevemente, faremos estudo de alguns casos no Brasil que envolvem o uso e relativização do princípio e no quinto capítulo, abordaremos os argumentos utilizados pelos ministros para julgamento do *Habeas Corpus* 12.6292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43, 44 e 54.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITO E TRAJETÓRIA HISTÓRICA

Para entendermos melhor sobre a importância da incidência e aplicação do princípio do estado de inocência, faz-se necessário realizar uma proposital digressão nos aspectos políticos, sociais e históricos que corroboraram para a integralização do supramencionado princípio, na legislação pátria vigente.

Ao longo da trajetória constitucional da República Federativa do Brasil, tivemos sete constituições brasileiras. A Constituição de 1824, considerada pelos historiadores como liberal, monárquica e escravista, que não dispunha nem mencionava nenhum dispositivo sobre a presunção de inocência em seu bojo legal.

A Constituição seguinte é a de 1891, reformulada pelos ideários da proclamação da República ocorrida em 1889, trouxe o instituto do *habeas corpus* em seu texto. Conforme indicações de VILLA, essa constituição era em certa medida patriacalista, favorecendo em maior grau as classes abastadas da sociedade oitocentista, ficando claramente explícito na indicação legal de quem poderia exercer o direito de votar. Consoante nos orienta o autor:

Era preciso ter mais de 21 anos e ser brasileiro. Da lista obrigatória de eleitores estavam excluídos os analfabetos (diversamente da Constituição de 1824), os mendigos, os praças de pré e os religiosos “de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual” (VILLA, 2001, p. 21).

A Constituição de 1934, que conforme estabelece VILLA (ano, p.33, 2001) restringiu os direitos fundamentais. A introdução do conceito de segurança nacional recebeu destaque especial. Era uma novidade, produto do autoritarismo da década de 1930.

A Constituição de 1937, foi uma constituição autoritária que instituiu o retorno da pena de morte em crime que ferissem a preservação das instituições governamentais, como o crime de espionagem, por exemplo.

A constituição de 1946, também não dispunha de nada que remetesse ao princípio que hoje chamamos de presunção de inocência ainda não era pauta mencionada nas constituições brasileiras, bem como a constituição de 1967.

De fato, foi a constituição de 1988 que trouxe, definitivamente, uma gama de princípios e garantias referente a liberdade individual. Sobre isso, assinala José Rodrigo Rodriguez:

Cabe insistir num ponto: para o bem e para o mal, a Constituição de 1988 é o marco de referência para qualquer discussão sobre o direito no Brasil. Ela representa uma possibilidade real de mudança no padrão de institucionalização que vigorou em nosso país por pelo menos um século. Esse padrão caracterizou-se pela ruptura institucional constante, por iniciativa das elites (tivemos nada menos que seis Constituições ao longo do século XX: 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), com a finalidade de implementar mudanças políticas e econômicas que fizessem frente às demandas nascidas da luta de classes, sem permitir que esta pressão levasse a mudanças significativas nas posições de poder (RODRIGUEZ, 2013, p. 53-54).

Vale enfatizar que aqui não buscamos defender a inviabilização de decretação de qualquer das prisões ou medidas cautelares cabíveis ao caso concreto, o que se busca nessas linhas é a reflexão quanto a incidência ou relativização do princípio da presunção de inocência.

Sobre o assunto, nos orienta as reflexões de Thiago Minagé:

Falar sobre presunção de inocência tornou-se uma tarefa árdua, principalmente, após os últimos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, que demonstraram grande desprezo e afronta aos ditames e a essência deste mandamento, abalando toda a estrutura do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Entretanto, este princípio, em que pese sua denominação dada pela doutrina e jurisprudência como presunção, deve passar uma conotação de verdade interina de inculpabilidade, maneira pouco adequada de afirmar que o acusado é inocente enquanto não se demonstre o contrário (MINAGÉ, 2019, p. 155).

Dessa mesma forma, entra a importância da aplicação principiológica na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Além do mais, a Constituição deve ser respeitada e protegida, para que a insegurança jurídica não abale seus alicerces e crie um ambiente instável e perigoso a estrutura que sustenta o Estado Democrático.

O princípio da presunção de inocência é mandamento constitucional e está disposto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inciso LVII, bem como, de igual modo, encontra amparo no Código de Processo Penal de 1941 no art. 283, caput, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, dispõe que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.”

Talvez, a explicação de (LASSALE, 2008, p. 17) “a constituição é a soma dos fatores reis de poder que regem uma nação”, nos forneça indícios para formularmos um caminho interpretativo para essa “aparente” relativização do princípio da presunção de inocência.

Contudo, faz-se necessário questionarmos: De maneira geral, qual a importância da incidência e interpretação principiológica na aplicação da norma jurídica?

Levando em consideração esses desdobramentos conceituais, podemos dizer que os princípios jurídicos são interpretações extraídas da legislação positiva vigente, possuindo sua essência originária nos valores ético, culturais, jurídicos e sociais de determinada época, sendo eles consagrados, ou não, constitucionalmente.

A palavra princípio, possui origem no latim, *principium*, e, no dicionário Aurélio, significa monumento, local, trecho em que algo tem origem, começo, causa primária, preceito, regra, lei.

Já no dicionário jurídico³, SANTOS (2011, p.192) nos ensina que a expressão se refere a “doutrina universal e genérica de direito decorrente da própria essência da legislação positiva, estabelecendo, assim, as opiniões lógicas necessárias das normas legislativas”.

Se pensarmos através de uma perspectiva histórica, notaremos que o princípio da presunção de inocência, cunhado com essa expressão, nasce a partir das ideias iluministas consagradas pela Revolução Francesa em 1789, em contraponto ao poder absolutista que vigorava naquele período (CARVALHO, 2014).

³Disponível em:

http://www.integrarewebsites.com.br/versao_1/arquivos/d8545a815ba082afcb4d6d067b471373.pdf,

Acessado em 03/ago/2020

Assim sendo, a presunção de inocência ganha *status* principiológico com sua inscrição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamados naquele mesmo ano em Versalhes, na França (CARVALHO, 2014).

Rigorosamente, por tratar da liberdade humana o processo penal precisa estar amparado na Constituição Federal e em Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Por isso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)⁴ em 2017, elaborou relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, com o intuito de reafirmar a premissa fundamental da liberdade e do pressuposto de respeito ao direito à presunção de inocência.

Hodiernamente, a observância do supramencionado princípio é pressuposto basilar para um processo penal de cunho democrático e acusatório, mas a despeito disso, na atualmente existe uma sistemática relativização de sua incidência. Uma das consequências dessa inobservância é o desequilíbrio prático na aplicação da normativa processual, tal qual, a naturalização da prisão preventiva e a inversão da lógica constitucional, ou seja, a excepcionalidade (prisão) tem se tornado a regra. Sobre isso, vejamos uma possível explicação:

[...] podemos observar o reflexo de percepções generalistas do direito processual penal. Trata-se a Prisão Preventiva como outra medida cautelar qualquer. Ou seja, a prisão é considerada, uma medida que visa assegurar as finalidades do processo, bastando a “demonstração” de verossimilhança de um direito e a necessidade de uma cautela. [...] Por conta de sua generalização, deixa-se de lado, qualitativamente, contribuições compreensivas trazidas pela criminologia, pela visão economicista, pelo pensamento do processo penal crítico. Tendo como premissa explicativa a “famosa” teoria geral do processo (MINAGÉ, 2019, p. 155).

Talvez, por essa razão falar sobre pena e prisão sempre gerou muito debate, tanto no âmbito doutrinário, firmado nas teorias que cada grupo se filia (teoria da retribuição, prevenção, ressocialização e teoria eclética) quanto no senso comum, pautado nas opiniões formadas pela constante sensação de insegurança e medo, fortalecidas, sobretudo, graças a massiva atuação de setores sensacionalistas de alguns veículos de comunicação que, na visão de Silva Sánchez, “vem contribuindo com a sensação social de insegurança diante do delito” (SÁNCHEZ, 1999, p.37).

⁴ Foi criada pela OEA em 1959 e, juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), é uma instituição do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH). A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. É integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal e tem sua sede em Washington, D.C.

Nesse diapasão, antes de qualquer explicação, faz-se necessário chamar atenção para o fato de que a decretação da prisão, independentemente se para o cumprimento de pena ou se no âmbito das prisões processuais, deverá obedecer às formalidades legais que resguardam direitos e garantias individuais.

Ademais, resguardar o ditame constitucional de 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”, preceito fundamental instituído no art. 5º, inciso LXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), além de outras formalidades dispostas em lei.

Da mesma forma, as discussões em torno da banalização da prisão preventiva, abrange também a provável execução antecipada da pena e a ineficácia do princípio da presunção de inocência frente ao uso equivocado do instituto.

Na visão de Aury Lopes Jr., essa dimensão serve para medir o “nível de civilidade de um povo, pelo maior ou menor respeito à liberdade individual e à presunção de inocência” (LOPES JR, 2020, p. 120 e 121).

Diante de todos esses argumentos, não podemos deixar de mencionar que as decisões judiciais que arbitram cada vez mais por prisões preventivas, por exemplo, deixam de observar com mais regularidade o princípio da presunção de inocência. Segundo o que nos revela o *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*⁵:

En su reciente Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas la CIDH señaló entre los problemas más graves y extendidos en la región, el uso excesivo de la prisión preventiva; y destacó que esta disfuncionalidad del sistema de justicia penal es a su vez la causa de otros problemas como el hacinamiento y la falta de separación entre procesados y condenados. (Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, p.10, 2013).

Assim sendo, poderíamos dizer que existe um obstáculo interpretativo e, conseqüentemente, ideológico no uso do princípio da presunção de inocência, o que causa um problema no que pese a máxima da liberdade como regra. Cada vez mais, a prisão preventiva vem sendo utilizada indiscriminadamente.

Nessa mesma linha de pensamento, o Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Audiência de Custódia, Prisão Provisória e

⁵ Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, ano 2013. Disponível em: <<https://carceropolis.org.br/media/publicacoes/Informe_sobre_el_uso_de_la_prision_preventiva_en_las_Americas_IACHR.pdf>> Acessado em 08/dez/2020.

Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra⁶, menciona essa crescente onda prisional, vejamos:

Contudo, a bibliografia consultada já apontava que não foi possível perceber o pretendido rompimento do binômio prisão preventiva/liberdade provisória, sendo a prisão preventiva cotidianamente aplicada nos tribunais do País, muitas vezes sem que sequer se verifique o cabimento de medidas alternativas e em desrespeito a garantias fundamentais como a legalidade, a presunção de inocência, a proporcionalidade, o devido processo legal e sua razoável duração.(Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa, p.23, 2018).

Dessa forma, nas sociedades pós-modernas, a pena pode ser facilmente lida como um mecanismo de controle social, neutralização do inimigo, como pontua Jakobs, “a função manifesta da pena no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo” (JAKOBS, 2018, p.47).

Dentro dessa discussão, não podemos perder de vista que o risco/perigo/ameaça é uma construção social que de algum modo serve para legitimar a intervenção máxima do Estado, principalmente na liberdade individual e, por isso, é importante refletirmos por esse viés crítico e analítico, sem perdermos de vista todos as garantias e princípios importantes para o uso adequado de cada instituto jurídico, principalmente quando se refere a liberdade individual.

Nesses termos, o princípio da presunção de inocência orienta a instrução processual no sentido de que o acusado deve ser tratado como inocente durante o processo, garantindo-lhe, a absolvição (*in dubio pro reo*), em caso de dúvida do juiz a respeito de sua culpa.

Contudo, não é bem isso que temos observado no mundo fático, conforme comentários de Minagé, “as garantias tradicionais do processo penal e da Constituição, estão, não só ameaçadas, como também, atacadas de forma escancarada e descontrolada” (MINAGÉ, 2019, p.209).

Importante ressaltar que a incidência do princípio do estado de inocência, atua sobre todas as modalidades vigentes de prisões processuais, isto é, de todas as modalidades de prisões que podem ser decretadas ou efetivadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DUCLERC, 2016, p.56).

⁶Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf>> Acessado em: 08/dez/2020.

Em todo momento que estamos tratando de prisão no Direito pátrio é importante ressaltar que no sistema processual penal brasileiro é permitido duas modalidades de prisão, a saber: a prisão cautelar e a prisão definitiva, assevera Carvalho:

No sistema processual admitem-se duas modalidades de prisão: a definitiva, em virtude de condenação, e a cautelar, em virtude de uma cognição provisória e para resguardar os fins do processo e da pena [...] só se pode existir prisão, além das hipóteses de flagrante expressamente admitidas pela Constituição, naqueles casos em que o juiz, para decretá-la, tenha de buscar fundamento no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, residentes no art. 312 do Código: a prisão preventiva e a prisão temporária. (CARVALHO, 2014, p. 189 e 190).

Além do que, vale ressaltar que o princípio da presunção de inocência, nomenclatura que será adotada nesse trabalho, é mandamento consagrado por diplomas internacionais, dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Mais adiante, analisaremos mais detalhadamente essa questão, na próxima seção, passemos a analisar o princípio da presunção de inocência na Constituição Federal e no Código de processo Penal brasileiro de 1941.

3. ESTADO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO DE 1941

Segundo nos ensina a concepção sociológica de LASSALLE (2008), a Constituição de um país corresponde aos “fatores reais de poder”, sem os quais, torna-se uma mera folha de papel. Para o autor, a essência da Constituição consiste em:

Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.
Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos de Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido (LASSALLE, 2008, p. 19).

Atentando para essa premissa sociológica do conceito de Constituição, notamos que a Constituição Federal de 1988, buscando romper com as tradições anteriores,

principalmente no diz respeito ao autoritarismo, abarga inúmeras garantias e direitos para o cidadão brasileiro.

Logo no início, estabeleceu na redação do art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesses termos, a Carta Magna fundamenta o princípio da presunção de inocência ou como outros preferem chamar, princípio da não-culpabilidade no Direito Processual Penal.

É importante atentarmos para as noções propostas por Guillermo José Ospina López, vejamos:

Como se ha dicho, la detencion preventiva dentro del proceso penal supone una tension o un conflicto entre: el derecho fundamental de la persona a la libertad y el derecho colectivo a la sana convivencia social, alterada por la presunta comision de una conducta penalmente relevante, y el fin del Estado de asegurar el correcto desarrollo del proceso penal y la ejecucion de la sentencia condenatoria, la que se erige como una de las principales conquistas del proceso penal: la presuncion de inocencia, instituto procesal que ya desde 1672 hacia su aparicion en el mundo juridico, como lo registra su consagracion en el De Jure Naturae et Gentium de Samuel Pufendorf (LÓPEZ, 2015, p.31).

Contudo, essa “tensão de conflito” não impede que o real sentido do princípio da presunção de inocência seja mantido. Pois, se assim fosse, poderíamos dizer que: Seriam os princípios constitucionais meras disposições compiladas em folhas de papel que não se articulam com os reais fatores de poder? Resposta difícil que tentaremos responder ao final da seção.

O certo é que os dados nos chamam atenção em relação ao número de presos provisórios, ou seja, presos preventivamente. Nesses termos, portanto, notamos que a privação de liberdade é o caminho escolhido para que se busque a tão almejada justiça.

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2019⁷, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) no período entre janeiro e junho de 2019 o total de pessoas encarceradas nesse período era de 758.676, sendo que 253.963 figuravam como presos provisórios, ou seja, na data pesquisada 33,47% da população carcerária brasileira era formada de presos que ainda não haviam sido julgados.

De acordo os dados do DEPEN, na Bahia, esse cenário é ainda mais evidente, para o mesmo período pesquisado de um total de 15.725 pessoas presas, 50,69% são presos

⁷ Dados Acessado em 12/dez/2020, disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1>

provisórios. Verifica-se que esse é um evento alarmante em quase todo o território nacional com números que não param de crescer.

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência orienta a instrução processual no sentido de que o acusado deve ser tratado como inocente durante o processo, garantindo-lhe, a absolvição (*in dubio pro reo*), em caso de dúvida do juiz a respeito de sua culpa.

Importante ressaltar que a incidência do princípio da presunção ou estado de inocência, atua sobre todas as modalidades vigentes de prisões processuais, isto é, de todas as modalidades de prisões que podem ser decretadas ou efetivadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DUCLERC, 2016, p.56).

Ademais, as hipóteses de cabimento para a prisão processual são: prisão em flagrante, art. 302 do CPP, prisão preventiva, nos termos dos art. 311 a 316 do CPP, prisão temporária, prevista em lei específica, Lei nº 7.960/89, prisão em virtude de decisão de pronúncia, art. 413, §3º do CPP, prisão decorrente de acórdão condenatório e prisão domiciliar, constante nos arts 317, 318 e 318-A do CPP.

Na tentativa de melhor compreender o assunto, há muitos anos que a pena vem sendo estudada como um problema a ser enfrentado. Nas lições de Francisco Carnelutti, de modo elementar, o autor descreve que “tanto a pena, quanto o delito, é um mal e que um castigo, a um mal, agrega outro” (CARNELUTTI, 2015, p.27).

Em Vigiar e Punir, livro publicado em 1975, Michel Foucault já denunciava as mazelas oriundas dos suplícios encontrado em toda parte na segunda metade do século XVIII, alertando sobre a necessidade de punir de outro modo, nas palavras dele, era necessário “eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco” (FOUCAULT, 2014, p.73).

Nas sociedades pós-modernas, a pena pode ser facilmente lida como um mecanismo de controle social, neutralização do inimigo e, nas palavras de Jakobs, “a função manifesta da pena no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo” (JAKOBS, 2018, p.47).

Dentro dessa discussão, não podemos perder de vista que o risco/perigo/ameaça é uma construção social e, por isso, nem sempre está ligado, efetivamente, aos supostos perigos que podem ser encontrados na dinâmica da vida social.

É importante refletirmos por esse viés para descortinarmos percepções distorcidas sobre as “ameaças” que constantemente são potencializadas pelo próprio Estado, sobre

isso, por exemplo, Silva Sánchez, relata que “em certas ocasiões, também as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade transmitem imagens oblíquas da realidade, que contribuem com a difusão da sensação de insegurança” (SÁNCHEZ, 1999, p.39).

Alinhado a essa perspectiva de controle social e de construção de distorções, Foucault nos ensina que existe um “monitoramento” a serviço do Estado, por isso, para ele “importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, medir as qualidades ou os méritos” (FOUCAULT, 2014, p.140).

Nesses termos, podemos dizer que a prisão-pena, é uma resposta do Estado frente ao cometimento de crimes previstos no Código Penal Brasileiro e na Legislação Especial. Para cada crime praticado, o legislador estabeleceu uma sanção que pode culminar na prisão do agente que praticou ou deu causa a ação delituosa.

A pena de prisão é destinada ao culpado pelo ato criminoso, depois de cumprido os requisitos do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Mesmo sendo o Brasil um país democrático, signatário de vários tratados internacionais que versam sobre proteção de direitos e garantias individuais, tem sido um desafio cada vez mais notável para a sociedade e para o sistema de justiça, efetivar o estado de inocência.

Nas lições de Thiago Minagé, encontramos aspectos que revelam ainda mais a importância do supramencionado princípio, nos dizendo que:

A presunção de inocência é verdadeira condição para legitimação do procedimento jurisdicional. Não seria exagero considerá-la pressuposto de todas as outras garantias do processo, uma vez que, marca a posição do acusado como sujeito de direito no processo penal e, não mais uma fonte detentora de toda verdade a ser extraída, para não se dizer extorquida, por exemplo, mediante tortura, para obtenção de uma confissão (MINAGÉ, 2019, p. 157).

Dessa forma, notamos que as repercussões desses fatores no processo penal são inevitáveis a ponto de gerar incertezas no que se refere as garantias inerentes a pessoa do acusado, por isso da relevância de estudarmos e sabermos a importância da eficácia das garantias fundamentais a ponto de torná-las concretas e indispensáveis aos institutos disciplinados pelo processo penal.

O princípio da presunção de inocência encontra-se dentro dos direitos fundamentais, que na visão de Luís Gustavo de Carvalho:

Os direitos fundamentais seriam declarações da imprescritibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem. As garantias seriam os mecanismos de proteção de tais direitos (CARVALHO, 2014, p. 45).

Desse modo, pretendemos demonstrar que as garantias processuais não devem ser relativizadas, em nenhum aspecto, sob pena de perda de função e finalidades. Consoante ensinamentos de Luigi Ferrajoli, “é evidente também que todas as garantias processuais condicionam a efetividade das garantias penais e resultam, por sua vez, esvaziadas pela ausência delas” (FERRAJOLI, 2002, p.77).

Para embasarmos as divergências sobre o tema, podemos trazer a título exemplificativo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que em 2016, firmou um entendimento sobre a prisão em segunda instância, dizendo que seria possível a execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância. Tal decisão da Suprema Corte se deu em razão do julgamento do *habeas corpus* 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. Sendo que, essa decisão mudara orientação proferida em 2009, quando, se julgou o *habeas corpus* 84.078.

Nesse *Writ* 84.078, considerou-se impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva).

Desse modo, resta comprovado que a interpretação do princípio da presunção de inocência resta prejudicado frente a falta de conformidade dos operadores do direito, até mesmo da Suprema Corte brasileira que, como vimos, em um curto espaço de tempo tem mudado de entendimento.

Na atualidade, ou seja, até o fechamento do presente trabalho o entendimento utilizado é de que a prisão para execução da pena só pode ser determinada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Esse entendimento foi firmado após julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, respectivamente.

Dessa forma, qualquer prisão fora desse escopo deverá ser fundamentada, com fulcro no artigo 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista os pressupostos processuais 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; ou ainda em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Atrelado a isso, fica evidente que para o processo penal o princípio do estado de inocência, consagrado como direito fundamental, visa resguardar a liberdade do acusado frente as possíveis injustiças, ou seja, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como verdadeiro inocente até que se comprove sua culpa ao final do processo com sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nas linhas seguintes, levando em consideração o que já tecemos, passemos a analisar de forma prática algumas decisões judiciais que privilegiam a prisão processual, principalmente, em detrimento do princípio da presunção de inocência.

4. ESTADO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL: ESTUDO DE CASOS NO BRASIL

Vários relatórios oficiais, teses de mestrado e dissertações de doutoramento, matérias jornalísticas, filmes e livros, relatam casos em que pessoas foram acusadas de crime, foram presas por esse suposto crime cometido e, em alguns casos, até mesmo condenadas, por um delito que mesmo com material probatório frágil, foram suficientes para sustentar uma condenação.

Dessa forma, na realidade dos fatos concretos, no mundo real, os princípios e garantias instituídos pelos organismos internacionais, através de tratados e convenções, acabam por não serem utilizados, ou, no mínimo, relativizados em detrimento da necessidade de justiça que vigora na sociedade e também da identificação que maior parte das pessoas tem com a vítima do delito. Sobre isso, vejamos:

La expansión del sistema del Derecho penal, asentada en los aspectos ya comentados, responde asimismo a un fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo). Dicho fenómeno viene favorecido por la coyuntura, analizada en el apartado anterior, de la configuración de una sociedad mayoritariamente de clases pasivas: pensionistas, parados, consumidores, perceptores de prestaciones. Se trata, como se ha señalado con expresión - a mi juicio - afortunada, de los sujetos del bienestar (SÁNCHEZ, 1999, p.46, 47).

Nesse sentido, começamos a perceber que a não aplicação principiológica reflète o pensamento de uma sociedade e as instituições acabam, de certa forma, reproduzindo os mesmos valores culturais nas decisões que emitem.

No caso do judiciário brasileiro, busca-se se justificar tal tendência, principalmente, tomando como parâmetro o *status* de legitimidade argumentativa que seus membros possuem, isto, de certo modo, acaba por convencer a sociedade pela escolha dessa ou daquela tese jurídica adotada pelos magistrados.

Muitos outros argumentos poderíamos tecer aqui em face da posição do judiciário no que diz respeito a sua “legitimidade argumentativa” ou modelo de racionalidade jurídica⁸ de como as decisões judiciais são construídas.

É nesse sentido que empregamos a relativização do emprego do princípio da presunção de inocência, seria esse princípio “manipulado” em detrimento de uma suposta legitimidade argumentativa do judiciário brasileiro?

Agora, vejamos alguns casos concretos que podemos analisar criticamente como o princípio da presunção de inocência tem sido negligenciado. Começemos com um caso em que a decisão é visivelmente prejudicada tendo em vista o uso inadequado de “decisões prontas previamente”, moldadas sem análise detalhada do caso concreto, em total desrespeito ao princípio da fundamentação das decisões jurídicas, vejamos:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). 3. Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 4. Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. 5. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 6. Ordem concedida, confirmada a liminar para suspender os efeitos da ordem de prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. 7. Extensão da decisão ao corréu em razão da identidade da situação processual (art. 580 do CPP).

(STF-HABEAS CORPUS 128.880, Relator: MIN. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Data de Publicação: 27/10/2015).

Neste caso, a Suprema Corte, por unanimidade, resolveu confirmar a liminar e, em definitivo, conceder a ordem de habeas corpus para revogar a preventiva do paciente, tendo em vista a falta de requisitos suficientes e argumentos genéricos para fundamentar os requisitos autorizadores⁹.

⁸ O modelo de racionalidade argumentativa é o conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto, ou seja, do material jurídico à disposição do juízo, ver capítulo 2 de “Como decidem as Cortes” (Rodríguez (2013)).

⁹ Os requisitos autorizadores para a decretação da Prisão preventiva estão dispostos no art. 312 do CPP/41, sendo eles: garantia da ordem pública, 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.

Inclusive, nesse caso em análise, houve o que poderíamos chamar de mero preenchimento de formulário, sem ao menos analisar de forma criteriosa os elementos individualizadores do pedido o que acaba por gerar uma série de consequências negativas e violadoras do próprio ordenamento jurídico.

Podemos notar, que somente depois de uma verdadeira saga a defesa conseguiu assegurar o direito de liberdade do paciente, conseqüentemente, assegurar também a observância da presunção de inocência do acusado. Conforme nos diz Thiago Minagé:

[... trata-se de caso em que a incapacidade ou desinteresse do poder judiciário acabaram por gerar as chamadas decisões previamente prontas, onde o juiz sequer dispõe-se a analisar os autos do processo, realizando apenas o preenchimento de uma espécie de formulário, invertendo completamente a forma de tratamento que deveria ser a de presunção de inocência (MINAGÉ, 2019, p. 164).

Situações como essas não são tão incomuns assim, pelo contrário, inúmeras outras podem ser observadas seguindo a mesma tendência e gerando a mesma insegurança jurídica e ativismo judicial, levados pelo apelo midiático e pelas opiniões do senso comum que imaginam um direito sem regras e garantias. Sobre isso, trazendo uma visão mais sistematizada, ressalta Lênio Streck:

Não se pode olvidar a “tendência” contemporânea” (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse “incentivo” doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de *Jurisprudência dos Valores* (STRECK, 2012, p.20).

Com isso, fica mais que demonstrado que não se trata de casos isolados as decisões que carregam as marcas evidentes dessa tendência judicial ao ativismo e conseqüente, subtração de valores, garantia e princípios constitucionais a pessoa do acusado, em prol da “defesa de valores e da justiça”.

Para concluirmos, vejamos o caso do *Habeas Corpus* 543105, SP 2019/0327127-0:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DO RECURSO PRÓPRIO. TRAFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GÊNICA. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3 Caso em que o decreto prisional menciona apenas que houve a apreensão de droga e embalagem própria para comercialização na residência de paciente, aspectos que indicam materialidade a indícios de autoria, mas insuficientes para determinar a prisão preventiva, decretada com base apenas na gravidade abstrata do delito. Ainda, não há qualquer informação acerca do passado do paciente (56 anos e primário) que evidencie um risco concreto à ordem pública. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar a prisão preventiva de paciente, mediante a aplicação de medidas cautelares a serem fixadas pelo Juízo de Primeiro grau (STJ-HABEAS CORPUS 543105, SP 2019/0327127-0. Relator: MIN. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Publicação: 19/12/2019).

Os mesmos argumentos anteriores poderiam ser utilizados para fundamentar esse Habeas Corpus, que inclusive, não foi conhecido, tendo a ordem sido concedida de ofício em vista da impetração inadequada, posto que, caberia recurso próprio, o que não prejudicou o direito pretendido, ou seja, a garantia da liberdade do paciente.

Nesses termos, a fundamentação do voto do Relator: Min., Reynaldo Soares da Fonseca, se fundamentou na jurisprudência dominante que veda as considerações genéricas e a orientação da Corte no sentido de que não sendo apontados elementos concretos aptos a justificar a segregação provisória, lhe deve ser concedido o direito de a responder ao processo em liberdade.

Em outros termos, a presunção de inocência é o principal fundamento que sustenta a reavaliação da prisão preventiva no Estado democrático de Direito. Como já mencionado em linhas anteriores, não se busca aqui militar contra a prisão ou buscar-se fundamentos para desqualificar a necessidade da prisão preventiva.

Os nossos esforços foram para demonstrar a importância do princípio da presunção de inocência como mandamento consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como garantia para asseguramento da liberdade individual e contra o arbítrio do sistema de justiça.

Sabemos que as decisões judiciais podem variar, mesmo se tratando de casos semelhantes, contudo, não se pode aceitar que as regras e princípios jurídicos sejam mitigados e relativizados ao *bel* prazer de cada julgador. Sobre isso, assinala Maurício Moraes:

Diante de um caso, um juiz pode, por exemplo, aplicar a presunção de inocência e não determinar a prisão provisória de alguém e, diante do mesmo caso, outro julgador poderá entender que há condições fáticas e jurídicas que autorizam a prisão. Não só não há método capaz de eliminar esse subjetivismo, como ele não deve ser eliminado, sob pena da evolução do direito ser obstada (MORAES, p.344, 2010).

Contudo, a fundamentação deverá nortear toda e qualquer decisão jurídica demonstrando a necessidade da adoção da segregação cautelar, estando presentes os requisitos justificadores da medida, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Dessa forma, fica evidente que a presunção de inocência é mandamento constitucional, consagrado como importantíssimo instrumento, necessário e indispensável para resguardar o direito natural de liberdade, bem como, é uma conquista para o Estado democrático contra o autoritarismo, devendo, por isso, ser aplicado como regra para a efetivação do devido processo legal e dos direitos e garantias individuais.

5. INCONSTITUCIONALIDADE, INSEGURANÇA JURÍDICA OU MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL? AS ÚLTIMAS DECISÕES DO STF SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como já salientamos, os princípios constitucionais são de fundamental importância para toda a legislação brasileira o que acaba por servir de base indispensável ao ordenamento e, conseqüentemente, como elemento ensejador de segurança jurídica.

Contudo, em que pese a busca do cumprimento do princípio da presunção de inocência, há que observar na aplicabilidade da norma um equilíbrio; entre a função jurisdicional penal e a eficácia do princípio em comento, para que não ocorra inconstitucionalidade ou arbítrio no manejo e aplicação da legislação.

Não podemos negar que ao longo do tempo, de acordo a dinâmica da realidade social e do tempo histórico, observa-se algumas modificações na interpretação e sentido da norma. Nesse aspecto, ocorre a denominada, mutação constitucional, explicada por Ana Ferraz como:

(...) a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior. (FERRAZ, 2015, p. 10).

Tendo em vista esses eventos modificativos e as controvérsias interpretativas, no dia 07 de novembro de 2019, na busca de uniformizar o entendimento sobre a matéria, o STF, realizando o que se chama na doutrina de Controle de Constitucionalidade, julgou no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, respectivamente, ocasionando a alteração de entendimento sobre a questão,

O resultado desse julgamento, que teve a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi de 5 votos a 6, onde maioria dos ministros decidiram, em favor de que a pena somente poderá ser iniciada após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ao nosso ver, esse entendimento é perfeita e harmonicamente compatível com o art. 5º, LVII da CF/1988, bem como, com o art. 283¹⁰ do CPP que recentemente teve sua redação modificada com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019¹¹.

Esse entendimento, veio pacificar e alterar a controvérsia constitucional ocorrida após o julgamento, pelo Plenário do STF em 17/02/2016, do *habeas corpus* nº 126.292¹² de relatoria do ministro Teori Zavascki. Na ocasião, por maioria dos votos, 7x4, os ministros firmaram jurisprudência favorável a possibilidade do início da execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

Contudo, para alguns decanos do STF, como é o caso do ministro Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e da ministra Rosa Weber, esse entendimento que adota a possibilidade de início de cumprimento da prisão em segunda instância, ou seja, antes mesmo do recurso especial ou extraordinário, o que significa dizer, antes de sentença penal condenatória, fere frontalmente o Estado democrático de direitos, seus princípios e garantias constitucionais além de causar insegurança jurídica.

Assim sendo, tendo como base o julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/ SP, resumidamente, listaremos alguns dos argumentos que foram utilizados pelos ministros do STF para denegarem a ordem e fundamentar a possibilidade de cumprimento da prisão em segunda instância sob a justificativa de que tal incidência não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

¹⁰ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

¹¹ Acessado em 15/abr/2021, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>

¹² Acessado em 17/abr/2021 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>

Não obstante, vale lembrar mais uma vez, que atualmente essa orientação já foi superada pelo julgamento das ADC 43, 44 e 54.

Vejamos como argumentou alguns ministros para denegarem a ordem, começando pelo relator, Ministro Teori Zavascki, nas palavras dele:

Em diversas oportunidades – antes e depois dos precedentes mencionados –, as Turmas do STF afirmaram e reafirmaram que princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 7/12/2007; e HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 4/11/1994 (...) (STF, HC 126.292, pág. 06).

O decano faz referência as súmulas nº 716 que diz que “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, bem como, a súmula 717 que orienta que “não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”.

O ministro ainda faz um panorama internacional para sustentar sua tese, trouxe exemplos de países como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina, esquecendo, contudo, de chamar atenção para as peculiaridades históricas, sociais, políticas, econômicas e culturais que envolve o Brasil. Nas palavras do ministro:

Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (STF, HC 126.292, pág. 06)

O ministro Teori Zavascki, afirma que “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo” (STF, HC 126.292, pág. 06).

Nessa mesma linha de raciocínio do relator, seguiu o ministro Luís Roberto Barroso, defendendo que:

A Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes (STF, HC 126.292, pag.27).

Seguindo ainda seu posicionamento, o ministro continua sua fundamentação, agora refletindo sobre a mutação constitucional:

Aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação (STF, HC 126.292, pag.32).

O decano ainda apontou no acórdão, três consequências negativas com a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias, a saber, primeiro, incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios; segundo, o reforço da seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos; e por fim, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade.

Em oposição a esses argumentos, tanto no HC 126292 / SP, quanto no julgamento das ADC 43, 44 e 54, encontramos entendimentos semelhantes no sentido de assentar a tese favorável a incidência do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória, alegando sobretudo, a segurança jurídica e a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação consoante à Constituição Federal de 1988.

Por isso, faz-se necessário não perder de vista o papel fundamental do STF, que conforme estabelece art.102, *caput*, da Carta Magna é, precipuamente, a guarda da Constituição e, conseqüentemente, segundo redação do art. 926, *caput*, do Código de Processo Cível, todos os tribunais têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Na visão de Daniel Neves:

A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência. (NEVES, 2016, p. 1448).

Muitos outros pontos e argumentos poderiam ser aqui analisados, contudo, as nuances propostas no presente recorte, quis demonstrar a necessidade do respeito e cumprimento do princípio da presunção de inocência, para salvaguardar a hermenêutica de mudanças abruptas. Coaduna com essa visão, as palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr. reconhecendo que “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p.221).

Com isso, verifica-se a necessidade de um ambiente jurisprudencial pacífico e estável, que esteja em consonância com os direitos e garantias fundamentais, com o Estado democrático e em conformidade com os princípios constitucionalmente garantidos, ou seja, uma interpretação capaz de gerar segurança jurídica e estabilidade nos entendimentos já firmados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em tela figura-se importante para fazer constar que existe uma visível preocupação na sociedade brasileira em torno da alarmante quantidade de prisão cautelar, cada vez mais arbitradas, contribuindo, inclusive com a a superlotação do sistema carcerário brasileiro, em alguns casos, desrespeitando princípios constitucionais e processuais penais.

Como afirmamos, o objetivo não é condenar as prisões que observam rigorosamente os requisitos necessários para sua decretação. Aqui, buscou-se chamar atenção para a necessidade da observância fundamental do princípio da presunção de inocência, princípio esse fruto de uma conquista longa em prol dos direitos fundamentais individuais.

Outro aspecto que merece ser atentamente estudado e observado é o “ativismo” judicial que tem refletido no sistema de justiça como um todo. Os meios de comunicação, cada vez mais céleres, as redes sociais que servem como um termómetro indicador do clamor popular e as justificações genéricas na sentença, são aspectos que também merecem ser melhor analisado, pois de certo modo, interferem no “convencimento” do estado de inocência ou não do acusado.

Desse modo, o artigo busca contribuir com o debate crítico fortalecendo a necessidade de fomentarmos uma cultura que repense exhaustivamente quais as reais finalidades dos princípios e garantias constitucionais e processuais, principalmente, centrado no princípio da presunção de inocência.

O objetivo do artigo foi demonstrar a importância do princípio da presunção de inocência como mandamento consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como garantia para asseguramento da liberdade individual contra o arbítrio e contra os resquícios de autoritarismo do sistema de justiça

Em linhas gerais, nos debruçaremos para estudar a necessidade da observância e eficácia jurídica do princípio da presunção de inocência enquanto direito fundamental constitucional que assegura a liberdade individual.

5. REFERÊNCIAS

Andrade, Vera Regina Pereira de. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais PILOTANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO**. Conselho Nacional de Justiça. 2018.

Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf>

ARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de angelis. Bauru: Edipro, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 13ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2020.

_____. **Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 maio 2020, 13:48:56.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016. Acesso em 20 Abril 202. Disponível Em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

BRASIL, Tribunal Judiciário. **Lex: STF-HABEAS CORPUS 128.880**, Relator: MIN. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Data de Publicação DJe: 26/02/2016. Acesso em: 12 de Dez. de 2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864045977/habeas-corpus-hc-128880-sp-sao-paulo-0003646-0720151000000>>

BRASIL, Tribunal Judiciário. **Lex: HABEAS CORPUS 543105**, SP 2019/0327127-0. Relator: MIN. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, Data de Publicação DJe: 09/12/2020. Acesso em: 13 de Dez. de 2020. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1139943882/habeas-corpus-hc-621080-rs-2020-0278273-0>>

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. In. CALLEGARI, André Luís. Política Criminal. Estado e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARNELUTTI, Francisco. **O problema da Pena: 1879-1965**. Tradução de Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CARVALHO, Lis Gustavo Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, v. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

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

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. 2ª ed. Osasco: Edifício, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica**. 6 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÓPEZ, Guillermo José Ospina. **La inconstitucionalidade de la detención preventiva**. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 5 Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: jusPODIVM, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal y Controle Social**. Jerez, Ed. Tirant lo blanch, 1985.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Imprensa: Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

_____. **As prisões da miséria**. Tradução Ed André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SOBRINHO, Aliomar Baleeiro Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y >