



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO PARADIGMÁTICO DO
HABEAS CORPUS N° 126.292/SP.**

Aluna: Roberta Lippo de Carvalho

Orientadora: Manuela Abath Valença

Recife, 2017



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR**

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO PARADIGMÁTICO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, como requisito para a conclusão do Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.

Área de Conhecimento: Direito Processual Penal.

Orientanda: Roberta Lippo de Carvalho

Orientadora: Manuela Abath Valença

Recife, 2017

Autora: Roberta Lippo de Carvalho

A execução provisória da pena e a relativização do princípio da presunção de inocência: uma análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigmático do Habeas Corpus nº126.292/SP.

Monografia final de conclusão de curso como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Universidade Federal de Pernambuco – CCJ – FDR

Data de aprovação:

Prof.

Prof.

Prof

AGRADECIMENTOS

“Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe”. Neste momento de conclusão de mais uma etapa, as palavras de Clarice Lispector ditam os sentimentos que afloram em meu coração. Tive a honra, e a sorte, de não percorrer um trecho se quer desse caminho sozinha, fui sempre de mãos dadas com pessoas extraordinárias.

Gostaria de agradecer aos meus pais, Roberto e Morgana, e irmão, Gustavo, por todas as oportunidades proporcionadas e por todo o amor compartilhado.

Aos meus avós, agradeço pelo apoio incondicional e por sempre incentivarem o meu sonho de ser jurista. Esta conquista também é de vocês!

Agradeço aos amigos que me acompanharam desde o início, e aos que fiz ao longo do caminho, por sempre acreditarem no meu potencial e por deixarem a caminhada mais leve e tranquila, obrigada por cada risada, por cada abraço e por serem os irmãos que a vida me deu a honra de ter.

Agradeço à professora Manuela Abath, minha orientadora, por ter aceitado o desafio de me orientar nesta reta final. Obrigada por toda a ajuda, por ser esse exemplo de ser humano e profissionalismo. Se não fosse pelo instinto crítico despertado nas suas aulas, esse trabalho nem estaria no papel. Muito obrigada!

Por fim, mas não menos importante, ao meu namorado, Vinícius Duan, por não me deixar desistir diante das adversidades e por percorrer esses passos finais ao meu lado, sempre me dando forças, incentivos e nunca duvidando do meu potencial.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

A presunção de inocência é um dos mais importantes pilares do processo penal, resguardando uma série de garantias processuais, que orientam vários diplomas legais internacionais e, principalmente, o direito brasileiro. Deste modo, o princípio da presunção de inocência positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira, estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, diante do novo entendimento paradigmático do Supremo Tribunal Federal, estabelecido no HC nº 126.292/SP, fixou-se a tese da possibilidade de antecipação da execução da pena, diante de decisão confirmatória de condenação em 2ª instância, ainda que pendentes os recursos especial e extraordinário. Em que pese uma série de argumentos levantados a favor deste entendimento, se questiona se houve lesão à Constituição Federal, e, por conseguinte, a relativização, ou até mesmo esvaziamento do conteúdo do referido princípio.

Palavras-chave: Presunção de inocência; HC nº 126.292/SP; Supremo Tribunal Federal; Antecipação da execução da pena; Trânsito em julgado; Direito fundamental.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A origem do princípio da presunção de inocência e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.....	9
1.1 A história do princípio da presunção da inocência	9
1.2 A presunção da inocência e o ordenamento jurídico brasileiro	17
1.3 Da delimitação do conceito de presunção da inocência	23
2. Da evolução jurisprudencial acerca da concepção dos efeitos do princípio da presunção de inocência.....	26
2.1 A jurisprudência anterior ao ano de 2009 e o julgamento do HC nº 84.078-7/ MG	26
2.2 A mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do HC nº 126.282/SP.....	31
3. Da (im)possibilidade da relativização do princípio da presunção de inocência nos termos do HC nº 126.292/SP.....	36
3.1 Da antecipação da execução pena e sua intrínseca relação com a vertente do direito penal do inimigo	36
3.2 O recurso especial e extraordinário e inaplicabilidade dos termos estabelecidos para permitir a execução antecipada da pena.	39
3.3 O julgamento do HC nº 126.292/SP como expressão do ativismo judicial e do utilitarismo, enquanto corrente filosófica justificadora.....	43
3.4 Dos possíveis reflexos na população carcerária brasileira	46
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como escopo principal a análise do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal e julgado no dia 17 de fevereiro de 2016. É necessário pontuar que o julgamento do referido Habeas Corpus estabeleceu 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.

Entretanto, faz-se mister destacar que o Supremo Tribunal Federal nem sempre entendeu pela possibilidade da antecipação da execução da pena. Portanto, o que ensejaria uma mudança de entendimento? Política criminal? Contexto histórico e político? Ficam-se os questionamentos.

Nesse sentido, visando ampliar o debate se utilizará fontes jurisprudências, bibliográficas, legais e, de forma que, no decorrer do trabalho serão trazidos entendimentos doutrinários, disposições normativas e decisões judiciais. Nesta toada, para o regular desenvolvimento desta pesquisa, foram colacionados, principalmente, conceitos de Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Constitucional, além da utilização pontual de conceitos provenientes de outros ramos do direito.

Outrossim, a fim de melhor aclarar a temática e de encontrar a racionalidade do discurso jurídico-penal por trás dessa novel decisão, esta pesquisa abordará, no primeiro capítulo, os contornos do conceito de presunção de inocência, desde sua origem, presente nos primeiros diplomas internacionais até sua recepção plena no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988.

Na visão de Alberto Binder o referido princípio implica um "status de inocência", uma presunção de inocência ou um direito de ser tratado como inocente, sendo estas posturas perfeitamente conciliáveis e que não se diferem em seus efeitos práticos¹. Frise-se que a presunção de inocência se configura como preceito essencial para a limitação do *jus puniendi* estatal, sendo símbolo da postura garantista, atualmente buscada pela legislação processual penal. Neste sentido, como máxima expressão do princípio da presunção de inocência, estabelece a inteligência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal brasileira "que ninguém será

¹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003. P.85

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

A despeito da literalidade constitucional, diante do novo parâmetro jurisprudencial fixado pelo Supremo Tribunal Federal, se questiona se o réu não tem mais reconhecida a sua presunção de inocência, razão pela qual alguns autores defendem que houve, de fato, uma lesão a Constituição Federal e, conseqüentemente, uma relativização do princípio da presunção de inocência. Motivo pelo qual, no segundo capítulo, se analisará o conteúdo do Habeas Corpus nº 84.078-7/MG e do Habeas Corpus nº 126.292/SP, as duas decisões do Supremo Tribunal Federal mais importantes para o desenvolvimento e compreensão do tema da presunção de inocência no país.

Por fim, no terceiro capítulo, abordar-se-ão os principais questionamentos em relação à decisão do HC nº 126.292/SP, tendo como objetivo responder as seguintes indagações: a) É possível, de acordo com os ditames constitucionais vigentes, a ponderação do princípio da presunção de inocência e, de fato, sua mitigação? b) Poderia o Supremo Tribunal Federal restringir o núcleo essencial de direitos fundamentais contrariando a literalidade do texto constitucional? c) A possibilidade da prisão cautelar permite a antecipação da execução da pena? d) Há relação entre o conceito de trânsito em julgado e o efeito recursal dos recursos extraordinários? e) O argumento do “baixo número” de Recursos Especiais e Extraordinários defensivos admitidos é idôneo ou esconde um ranço técnico-positivista da certeza de uma futura condenação? f) Os motivos levantados na decisão são suficientes para fixar uma nova interpretação e sobrepor tal garantia? g) Essa decisão ocasionará algum tipo de impacto carcerário?

Mediante a sequência lógica descrita, o presente estudo buscará estender a discussão dos efeitos da supramencionada decisão e do posicionamento do princípio da presunção de inocência no seio da atual sistemática do processo penal brasileiro, questão que sempre se faz atual e constante nos principais debates jurídicos.

1. A origem do princípio da presunção de inocência e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro

1.1 A história do princípio da presunção da inocência

A história do homem é a história de suas instituições. Deste modo, é necessário sublinhar que a evolução do conceito de justiça está intrinsecamente relacionada ao conceito de poder, enquanto instituição. O Estado avocou para si o poder, isto é, o encargo e a prerrogativa de dirimir e arbitrar conflitos, assim como para penalizar os eventuais infratores. Dessa responsabilidade, como meio de aplicação, surgiu o sistema inquisitório.

Nesse diapasão, por muito tempo esteve vigente o processo penal inquisitório, que teve sua origem no direito romano canônico, estando consolidado desde os primórdios do Século XII até o Século XVIII².

Destarte, o processo penal inquisitório tinha como traço marcante a prevalência do poder estatal em face da liberdade individual, visto que eram ausentes as garantias ao pleno exercício da defesa. Além de que se tratava de procedimento escrito, secreto e, ainda desprovido e contraditório. Em que, de fato, não havia a paridade de armas.

Neste ínterim, o juiz, da posição impassível do sistema acusatório e das ordálias, passa a ser o órgão responsável pela procura e punição dos inimigos ocultos, tendo em vista que havia a necessidade de extirpar a heresia ou os delitos, assim como combater as potências maléficas de uma cruzada cotidiana. Nessa perspectiva, a ótica inquisitiva partia do pressuposto que o animal humano nasce culpado, estando o mundo contaminado, bastando escavar em qualquer ponto para se aflorar-se o mal³.

Ademais, no período inquisitorial predominava o entendimento da presunção de culpa, o que tornava difícil uma possível absolvição. Atenta-se que, em regra, se aplicava a prisão provisória, de forma arbitrária, destituída de qualquer caráter cautelar ou de limite temporal, em que o estado de inocência se configurava como completa exceção⁴.

É relevante pontuar que durante o período inquisitório, se estabeleceu o sistema de prova legal ou tarifada, em que se fixava o valor de cada prova, sua classificação e ainda a quantidade e a qualidade que eram necessárias para cada espécie de decisão. Deste modo, ainda como parte desse sistema, o juiz deveria indicar, de acordo com o caso se a pessoa deveria ser torturada, qual método de tortura, qual intensidade e duração, o que levava, por

² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p 32.

³ CORDEIRO, Franco. *Procedura Penale*. Milano: Giuffrè, 2006. P. 23-25

⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, P. 30.

consequente, a confissão⁵.

Nota-se que o próprio pronunciamento jurisdicional não operava o trânsito em julgado, possibilitando, a qualquer tempo, a retomada dos autos, para questionar novamente sobre a acusação anteriormente gerada, configurando-se como uma eterna revisão *pro societa*⁶.

Sobretudo, o acusado foi reduzido à condição de objeto do processo e lhe cabia, a fim de evitar a sua condenação, o ônus de provar a sua inocência. Ademais, o réu era tratado como culpado e predominava o abuso do tratamento como suspeito, principalmente, no que tange à utilização da tortura, conforme já foi dito.

É imperioso acentuar que o sistema inquisitório, por ter como pressuposto um ser humano como objeto de todo o mal e como principal inimigo do Estado, não dava espaço para aceitação do conceito de presunção de inocência, tampouco de sua aplicação.

Na visão de Leonir Batisti, em termos penais, o que se viu em alguns momentos foi a manipulação do direito penal como instrumento de perseguição, com prisões com base em boatos, condenações infundadas baseadas em revanchismo ou oportunismo dos que manipulavam o poder, a par de um sistema de penas totalmente distinto do que hoje se considera dignidade humana⁷.

Nesse mesmo sentido, destaca Maurício Zanoide de Moraes:

Foi desse final destemperado e ilegítimo que restaram as maiores marcas e lições do que não deve ser um sistema processual penal minimamente equilibrado e justo. Foi com a Inquisição que o processo penal conheceu, em tantos povos e por tão longo tempo, a sua pior forma⁸.

Em reação aos ditames deste sistema, o movimento iluminista, encetado nos séculos XVI e XVII, levantou o entendimento que o ser humano não deveria ser mais visto como inimigo do Estado, mas sim como fonte e destino de seu poder, posto que esse se configura como integrante do corpo social, e como a única fonte legítima do poder, apenas exercido pelo Estado.

Imbuído dos ideais iluministas, a grande e primeira crítica substancial ao sistema inquisitório, principalmente no que tange à presunção de culpabilidade, foi feita por Cesare

⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 64-65.

⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 32.

⁷ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009. P.27.

⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 70.

Bonesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”. Deste modo, acerca da necessidade da instauração de um estado de inocência, asseverou Beccaria:

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão a partir do momento em que for decidido que ele violou os pactos por intermédio dos quais ela lhe foi concedida, qual é, pois, o direito de não o da força que dá potestas ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu o inocente?⁹

Dessarte, pode se dizer que a presunção de inocência foi delimitada enquanto conceito, em oposição à presunção de culpabilidade, para assegurar ao acusado todas as garantias de plena defesa técnica, visando se evitar o uso da tortura para a obtenção de confissão ou demais maneiras violadoras de preceitos fundamentais.

Nesse contexto, o primeiro momento de consagração positiva do princípio da presunção de inocência se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789. Neste sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão trata-se diploma oriundo do desejo de acabar com os exageros e abusos cometidos pelo Estado no passado, sendo um dos frutos da Revolução Francesa.

É importante ressaltar que o pensamento jurídico-liberal, que se difundiu pelo mundo após a revolução francesa, trouxe o postulado da presunção de inocência como preceito fundamental inviolável pelo Estado, intrinsecamente relacionado com o conceito de Devido Processo Legal. Desse modo, dispõe o art.9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 9º. Todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor desnecessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Nota-se que pela expressão “considerado inocente” inaugura-se um novo patamar, a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa diferentemente do padrão da Inquisição, assim como pode se depreender que a ideia da reconstrução probatória apenas atinge uma possibilidade e não a perfeição¹⁰. Deste modo, permanecendo a dúvida sobre a realização ou não do crime, deve se manter o estado de inocência do indivíduo, cabendo à acusação o ônus de prova.

Conforme o exposto, a Declaração Francesa instaurou o entendimento que o cidadão deveria ser tratado, no curso do processo ou da investigação, com respeito a sua dignidade,

⁹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução : J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999. P.61.

¹⁰ PIETRO SANCHÍS, Luís. **La filosofía penal da la Ilustracion**. In: PECES-BARBA MATINEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. *História de los derechos fundamentales: la filosofía de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson, 2001. P. 144-146.

retirando a ideia de presunção de culpabilidade. Ademais, estabelece também uma nova garantia do acusado ao exigir o critério da “culpa formada” para se decretar a prisão preventiva, configurando em um limite material para se evitar o fenômeno da prisão provisória como regra.

É imprescindível acentuar que pela primeira vez na história fixa-se a necessidade de a persecução penal partir da perspectiva da inocência do investigado ou réu. Ademais, o referido dispositivo foi igualmente importante para o sistema processual penal, posto que foi a primeira inscrição formal, em sede de Lei, que estabeleceu que todo homem deve ser presumido inocente até que sobre ele recaiam provas aptas a demonstrar a sua culpa.

A referida inovação só foi possível em razão da nova base racionalista do Estado, com propósito de atuar em proteção ao indivíduo. Logo, o processo se distanciou da ideia e função de arma política do Estado Autoritário na opressão de seus inimigos, os hereges e revoltosos, e passou a se configurar como forma de proteção dos cidadãos contra os abusos estatais, típicos da Inquisição.

Sobre os possíveis tratamentos do Estado, consoante ao respeito das garantias fundamentais ou como tratamento de inimigo, bem ressalta Jakobs:

Portanto, o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade¹¹.

Outrossim, é importante destacar que a história não é linear, em que pese garantias tenham sido conferidas aos homens, também foram ceifadas outrora. Neste ínterim, a declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, surgiu após a Segunda Guerra Mundial, frente aos inúmeros crimes cometidos contra os Direitos Humanos, e, por conseguinte, contra a dignidade da pessoa humana.

No que concerne à legislação processual penal, mais especificamente quanto ao tema da presunção de inocência, ratificando os preceitos iluministas e também decorrentes da Revolução Francesa, estabeleceu o art.11, da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹²:

Art.11. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma 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 a sua defesa.

Deste modo, pela leitura do supramencionado dispositivo, o princípio da presunção

¹¹ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P.37

¹² **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

de inocência está intimamente ligado ao direito à tutela jurisdicional, assegurando-se ao acusado que a demonstração da culpabilidade seja realizada por meio de procedimento público e legal, com a real efetividade do direito de ampla defesa e do contraditório.

É imperioso acentuar que pela inteligência do dispositivo se estabelece, pela primeira vez, que a presunção de inocência se constitui como direito e também se acrescenta um elemento formal para a prova da culpabilidade, o marco do “julgamento público”.

Outrossim, a partir deste momento, é necessário pontuar que o preceito fundamental da presunção de inocência foi contemplado pelos mais diversos diplomas legais no mundo, estando em praticamente em todas as Declarações, Tratados, Convenções e Acordos. Nesse diapasão, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem, editada em 1950, conceitua sobre a temática do estado de inocência, no seu artigo 6-2¹³, *in verbis*:

“Artigo 6-2. Qualquer pessoa acusada de uma infração penal deverá ser presumida inocente até provada a sua culpabilidade de acordo com a lei”.

Ademais, no Pacto Internacional Sobre Direito Cívico e Político de Nova York de 1966¹⁴, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, também enuncia a garantia da presunção de inocência no seu artigo 14-2:

“Art. 14-2. Toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que se presume sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ante o apresentado, é necessário sublinhar que a presunção de inocência foi vinculada ao processo penal e as garantias decorrentes do seu sadio andamento. Desse modo, visando resguardar outros pontos, o Pacto Internacional Sobre Direito Cívico e Político também conferiu ao acusado o direito ao reexame da condenação por um órgão de jurisdição superior, conforme estabeleceu o artigo 14-5 e também garantiu o direito de não ser processado duas vezes pelo mesmo crime, conteúdo disposto no artigo 14-7.

Destarte, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, também elucida sobre o direito a presunção de inocência:

Artigo 8º:

I – Toda pessoa tem o direito de ser ouvido dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, com as devidas garantias, competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal.

II – Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

¹³ **Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem de 1950.** Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

¹⁴ **Pacto Internacional Sobre Direito Cívico e Político de Nova York de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

Atenta-se que o Brasil aderiu à referida Convenção por meio do Decreto n° 678, de 06 de Novembro de 1992. Deste modo, o aludido preceito da presunção de inocência tem valor de norma constitucional no Ordenamento jurídico brasileiro, posto que, por força do §3º, e do §2º do artigo 5º, da Constituição Federal, a presente Carta Constitucional resguarda os direitos e garantias oriundos dos tratados internacionais em que a República Federativa Brasileira seja parte.

Com efeito, a previsão da presunção da inocência como um direito também se repetiu, posteriormente, na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1990¹⁵ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000¹⁶.

Deste modo, além da previsão do preceito da presunção da inocência em diplomas e internacionais e oriundos de organizações regionais, o referido conceito também foi contemplado por grande parte das Cartas Constitucionais dos países ocidentais.

A Constituição Italiana, influenciada diretamente pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, tornou a presunção de inocência um preceito constitucional no ano de 1948, mediante a aprovação pela Assembleia Constituinte Italiana. Nesse sentido, sua Carta política, no art. 27, dispõe que o acusado não será considerado culpado senão após a sentença definitiva¹⁷.

Sobre a referida disposição, destaca Paolo Tonini que a assembleia constituinte quis satisfazer ao mesmo tempo duas exigências primordiais: a de prever a medida cautelar e a de afirmar a presunção de inocência, tratando-se da adoção de uma fórmula polivalente¹⁸. Desta forma, depreende-se que a regra de tratamento impõe a proibição – até a sentença definitiva – da antecipação de pena, apenas consentindo para aplicação de eventuais medidas cautelares.

Por sua vez, a Constituição Portuguesa de 1976 elevou o princípio da presunção de inocência a categoria de direito constitucional, quando ressaltou no artigo 32, n° 2, que “*todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo*

¹⁵ **Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1990.** Artigo 6º, n°2. Qualquer pessoa acusada de uma infração é presumida inocente, enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

¹⁶ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Artigo 48, I. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

¹⁷ **Constituição Italiana.** Disponível: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 30/08/2017.

¹⁸ TONINI, Paolo Apud *Ricardo Alves Bento. Presunção de inocência no processo penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2007. P. 55.

*ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*¹⁹“.

Destaca Alexandra Vilela que a Constituição da República Portuguesa de 1976, estabeleceu um modelo de processo penal que, pela revelação da presunção da inocência, fica patente o jeito sob o qual se manifesta a autoridade do Estado, aspirando à defesa do interesse social, tendo como objetivo a paz social e a segurança dos cidadãos em geral, e refreando simultaneamente, os índices de criminalidade, sem, tampouco, esquecer a defesa da liberdade individual de cada cidadão submetido ao exercício do poder punitivo do Estado²⁰. Dessarte, também destacou Canotilho quando dispôs que a presunção de inocência se traduz como uma garantia substitutiva constitucional equivalente ao direito dos cidadãos de exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, assim como o reconhecimento adequado à persecução desse fim²¹.

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa estabeleceu outro marco distinto da simples menção “da sentença condenatória” e instituiu o trânsito e julgado como marco que sinaliza o fim da presunção de inocência, posição esta semelhante nos países de língua portuguesa, tais quais, Angola²², Moçambique²³, Guiné Bissau²⁴, São Tomé e Príncipe²⁵ e o Brasil, como será tratado mais minuciosamente, em momento posterior.

Além disso, a carta constitucional determinou que se deve guardar uma íntima relação entre a celeridade, isto é, o prazo compatível para assegurar o cumprimento das garantias de defesa, e a garantia da presunção de inocência. Posição esta consoante ao pensamento de Beccaria, que sublinhou:

Quanto mais rápida a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. Será mais justa, porque ao réu será menor os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com sentimento da própria fraqueza; mais justa, visto que a privação da liberdade, sendo uma pena, só

¹⁹ Assembleia da República. **Constituição Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

²⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P.18.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª Edição, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1984. P.119.

²² Constituição da Angola. Artigo nº 67, 2º. Presume-se inocente todo o cidadão até ao trânsito em julgado da sentença de condenação. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

²³ Constituição de Moçambique. Artigo nº 59, 2º. Os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva. Disponível em: <<http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>>. Acesso em: 30/08/2017.

²⁴ Constituição de Guiné Bissau. Artigo 42, 2º. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/guine_constituicao.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

²⁵ Constituição de São Tomé e Príncipe. Artigo 40º, 2º. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e-#40>>. Acesso em: 30/08/2017.

ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exigir²⁶.

Outrossim, a Constituição Espanhola aprovada em 31 de outubro de 1978, também contemplou a presunção de inocência como instituto necessário a observância da dignidade da pessoa humana. A inteligência do artigo 24 da mencionada Carta Constitucional ressalta:

Artigo 24.

1. Todas as pessoas têm o direito de obter tutela efetiva dos juízes e tribunais em exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir cidadão sem defesa.

2. Assim mesmo, todos têm o direito a um juízo ordinário predeterminado por lei, à defesa e à assistência especializada, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e a presunção de inocência (...)²⁷.

No que tange ao supracitado dispositivo constitucional, Enrique Bacigalupo pontua que desde 1981, a constitucionalmente consagrada presunção de inocência deixou de ser um princípio geral do direito, ou seja, integrante da atividade jurisdicional, para se transformar em um direito fundamental, que vincula todos os poderes públicos e tem aplicação direta e imediata²⁸.

Quanto ao tema, aduz Antônio Gomes Filho que, no que se refere à prisão antes da condenação, mesmo de forma menos enfática, a doutrina e jurisprudência espanhola se posicionaram acerca da necessidade do reexame, em respeito ao princípio da presunção de inocência, do significado das medidas cautelares adotadas no curso do processo, evitando utilizar seu caráter punitivo, principalmente, no que tange a preocupação quanto à duração excessiva da restrição do direito de liberdade²⁹.

Ademais, a Constituição Colombiana de 1991, por meio da reforma empreendida no ano de 1997, passou a registrar a presunção de inocência como um instituto intrinsecamente relacionado ao devido processo legal, e em concordância aos instrumentos legais preexistentes.

Artigo 29. O devido processo se aplicará a toda classe de atuações judiciais e administrativas. Ninguém pode ser julgado senão conforme as leis preexistentes ao ato que se imputa, ante o juiz ou tribunal competente e com observância da plenitude de formas próprias de cada juízo. Em matéria penal, a lei permissiva ou favorável, ainda que seja posterior, se aplicará de preferência a restritiva ou desfavorável. Toda pessoa se presume inocente enquanto não se haja declarado judicialmente culpado.

²⁶ BECCARIA, Cesare Bonessana. **Dos delitos e das penas**. Tradução : J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999. P.71.

²⁷ Constituição Espanhola. Disponível em: <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

²⁸ BACIGALUPO, Enrique. *Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, año XLI, 1988. P.47.

²⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989, P.50.

Quem for investigado tem o direito à defesa e assistência de um advogado por ele, de ofício, durante a investigação e o julgamento; a um devido processo público sem dilações injustificadas; a apresentar provas e contradizer as que se alegam em seu prejuízo; a impugnar a sentença condenatória, e não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. É nula, de pleno direito, a prova obtida com violação do devido processo³⁰ (grifei).

Ante o apresentado, é inegável que, independentemente da constitucionalização da presunção de inocência, deve-se reconhecer um elevado valor, adquirido ao longo de sua história, enquanto princípio geral do direito internacional, informador do processo penal e que é preceito presente em muitos ordenamentos no mundo.

Não obstante, atenta-se que a presunção de inocência nasceu da necessidade de oposição ao juízo de presunção de culpabilidade que pairava por mais de seis séculos, no contexto europeu. Ademais, em que pese ter assumido esse significado inicial, é relevante ressaltar que, conforme foi demonstrado na exposição das diferentes Constituições, o conceito de Estado de inocência assumiu, em cada ordenamento, uns mais semelhantes outros menos, um compromisso mais específico, representando uma missão distinta para cada país.

Por conseguinte, esse compromisso específico significa para o processo penal possuir diferentes diretrizes para contemplar e proteger à presunção de inocência. Nesse ínterim, para entender qual é o propósito da positivação da presunção de inocência na Constituição Brasileira deve-se analisar a história de sua recepção no ordenamento Brasileiro.

1.2 A presunção da inocência e o ordenamento jurídico brasileiro

Primeiramente, é imperioso acentuar que o conceito de presunção de inocência não foi contemplado pelas primeiras Constituições brasileiras. A Constituição Brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I, tratou de forma simplista a questão, sem estabelecer qual seria marco da formação da culpa, tampouco como esta seria determinada:

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

VIII - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as³¹.

³⁰Constituição Colombiana. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20%202015.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

³¹Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

É necessário destacar que o mesmo tratamento se repetiu na Constituição de 1981³². Por sua vez, a Constituição Brasileira de 1934 nem adentrou na temática da formação da culpa, se limitando a tratar da prisão flagrante e a possibilidade de liberdade provisória, por meio da fiança:

Art. 113.

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

22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos³³.

Abordagem esta que também voltou ocorrer na Constituição de 1937, principalmente, por ter sido decretada pelo Presidente Getúlio Vargas, sob a égide do Estado Novo, inaugurando uma política mais austera quanto aos direitos fundamentais³⁴ e pondo de lado uma possível adoção do sistema garantista, quanto ao processo penal brasileiro.

Todavia, é com a adesão a Declaração Universal dos Direitos Humanos que este princípio teve mais importância, na época, no contexto sociojurídico do país. Atenta-se que na época da referida adesão, em contrassenso, o Brasil havia recém promulgado o Código de Processo Penal de 1942, que era essencialmente repressivo³⁵.

Sobre o tema, pontua Monica Ovinski Camargo que o Código de Processo Penal da época agiu com descaso quanto ao tema da presunção de inocência, posto que o referido código se prestou a uma maior defesa da sociedade, a levantar a bandeira da luta contra “pseudodireitos individuais que atentam contra o bem comum³⁶”, e, em face disso, a aceitação

³² Constituição Brasileira de 1981, Art. 72, §14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

³³Constituição brasileira de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

³⁴ Constituição brasileira de 1937. Art 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

³⁵ CAMARGO, Mônica Ovinski. **Princípio da presunção de Inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, P. 100

³⁶ Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1942. “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal

da presunção de inocência ficou prejudicada³⁷.

A intenção da legislação processual era evidente, principalmente quando se analisa o antigo art. 312 do CPP, que tratava sobre a prisão preventiva compulsória³⁸: “A *prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos*”. Diferentemente da regulação atual, que a prisão preventiva é decretada com propósito de acautelar o processo, e só pode ser feita diante da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Ademais, é relevante sublinhar que com o movimento redemocratizador da Constituição de 1946 também não houve maiores avanços quanto à regulação da presunção de inocência. A referida Constituição deu início ao período que se caracterizou como democracia populista, fundado na presença de líderes carismáticos, cujo comportamento e personalidade modelavam o governo, o que demonstra novamente como as instituições se tornaram menores que o personalismo do governante³⁹.

Entretanto, posteriormente com a tomada do poder pelos militares, com a instituição de do Ato Institucional 5, em 1968, foi que a proteção ao Estado de Inocência sofreu severas intervenções.

A ausência de que procedimento ou, tampouco do devido processo legal para retirada da suspensão dos direitos políticos era rotineira na Ditadura, conforme apregoa o conteúdo do Artigo 4º e Artigo 5º do Ato institucional 5⁴⁰:

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal”. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

³⁷ CAMARGO, op. cit., p. 114.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus n. 35.046, Tribunal Pleno. Paciente: Waldomiro Barbosa. Min. Rel. Candido Motta. Brasília, 26 jun. 1957. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30/08/2017.

³⁹ MORAES, José Geraldo Vinci de. **História geral e Brasil**. Volume Único. 2 ed. São Paulo: Atual, 2005. P.377-382.

⁴⁰ Ato institucional 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 30/08/2017.

- b) proibição de freqüentar determinados lugares;
- c) domicílio determinado.

Igualmente, também é imprescindível pontuar que a pena de perdimento de bens poderia ser aplicada após uma simples investigação e que cabia ao investigado o ônus de desabonar a referida acusação, em uma atividade típica do sistema inquisitório, conforme acentua o Artigo 8º, do AI 5:

Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.
Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição.

É notório destacar que a Constituição Brasileira de 1967 manteve formalmente os mesmos direitos e garantias individuais estabelecidas na Constituição de 1946. Contudo, na essência o que a Constituição estabelecia estava das disposições transitórias, principalmente no art. 173, que ratificava todos os atos de governo e de natureza legislativa, especialmente de índole política, tais quais a cassação de mandato e suspensão de direitos políticos⁴¹.

Ademais, com o fim da Ditadura Militar, houve a promulgação da paradigmática Constituição Federal de 1988, que instaurou novamente o regime democrático no país, assegurando, com afinco, o exercício dos direitos sociais e individuais, assim como prevendo a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Sobre o reflexo da nova ordem constitucional no processo penal brasileiro, bem pontuou Eugênio Pacelli:

A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio⁴².

Dessarte, o conteúdo da Constituição Federal de 1988 se configura como uma reação ao regime de supressão das liberdades e direitos fundamentais empreendido na Ditadura. Deste modo, na Carta Constitucional, os direitos fundamentais ganham relevância e também são incluídos mecanismos de proteção do cidadão e direitos nunca antes previstos em nível

⁴¹ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. P.94.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**: 19 ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015. P. 8-9.

constitucional, e foi neste momento em que o princípio da presunção de inocência integrou definitivamente o ordenamento jurídico brasileiro.

O estado de inocência está previsto no art.5º, inciso LVII da Constituição Federal, em que estão elencados os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros, estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*.

Nesse sentido, bem ressalta Gomes filho que o postulado da presunção de inocência, nos moldes constitucionais, se traduz como uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação, antes da sentença final, logo, toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento de culpabilidade, viola esse princípio fundamental. Destarte, por ser escolha constitucional a presunção de inocência conforma e orienta todos os poderes públicos e agentes privados, e, seus atos funções, atribuições, poderes e deveres, ou seja, não há esfera que possa se escusar da aplicação do referido princípio⁴³.

Com efeito, também dispõe que se trata do princípio informador ou também chamado de princípio cardinal⁴⁴ de todo o processo penal, se configurando como instrumento de aplicação de sanções punitivas em um sistema jurídico no qual sejam respeitados, fundamentalmente, os valores, inerentes à dignidade da pessoa humana, servindo como parâmetro de todas as atividades estatais referentes à repressão criminal⁴⁵.

No que concerne às consequências do preceito fundamental da presunção de inocência trata-se do direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela. Portanto, em *prima facie*, é o direito de não sofrer a punição antecipadamente. E de fato, a exigência de cumprimento da sentença condenatória antes do trânsito em julgado implica na verdadeira antecipação da pena, conforme entendimento de Fernando Tourinho⁴⁶.

Observa-se que, em que pese a Constituição Federal não tenha utilizado expressamente o nome “presunção de inocência”, não há diferença de conteúdo entre

⁴³ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P. 356/357.

⁴⁴ CHIVARIO, Maria. *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*. Milano: Giuffrè, 2000, v.2 - Procedura penale, P.79/82.

⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989, P.66.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 30ª . v. 1. P.71.

presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Portanto, ao se utilizar das expressões “presumir inocente”, “reputar inocente” ou “não considerar culpável”, não há, de fato, variabilidade semântica⁴⁷.

A noção de “não consideração prévia de culpabilidade” foi uma criação positivista do fascismo habilmente elaborada a fim de que, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, se atingisse a palavra inocência. Na época, afirmava-se que o imputado não poderia ser considerado como culpado no início da persecução penal, mas também não ser reputado como inocente, criando-se o conceito de não-culpado⁴⁸. Tratamento este que não é compatível com a nova ordem estabelecida na Constituição de 1988.

Na visão de Gustavo Badaró, é contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, isto é, diferenciar o conceito de presunção de não culpa do princípio da presunção de inocência, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas, posto que buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço em vão para buscar o retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito⁴⁹.

Ademais, quanto ao limite de aplicabilidade do supramencionado princípio, Nucci destaca que a garantia do estado de inocência, possui um limite definido constitucionalmente, como regra, o trânsito em julgado da decisão condenatória. Após esse marco, passa a se considerar o réu culpado da prática penal e não mais o favorece o benefício da dúvida, conforme a fase processual atingida⁵⁰.

Portanto, resta incontestado que o princípio da presunção de inocência foi recepcionado no ordenamento brasileiro, tanto em virtude da adesão do Pacto de São José da Costa Rica tanto em razão da disposição específica do art.5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da presunção de inocência foi instituído em resposta a anos de repressão e cerceamento de direitos, tendo, pois, uma finalidade político-ideológica, de estabelecer uma *persecutio criminis* dotado de cunho garantidor e igualitário ao imputado⁵¹. Portanto, pode-se dizer que esse foi o propósito mediato do

⁴⁷ MAIER, Julio Bustos Juan. *Derecho Procesal Penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. t. I, P. 491.

⁴⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.215.

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª Ed, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. P.57.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 276.

⁵¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.355.

constituente.

Destarte, diante da exposição do contexto histórico da introdução do princípio da presunção de inocência no ordenamento brasileiro, é importante estabelecer os contornos do estado de inocência, delimitar seu conceito, seus compromissos específicos, sua aplicabilidade e suas decorrências, aspectos esses que serão abordados no tópico a seguir.

1.3 Da delimitação do conceito de presunção da inocência

Em virtude da presunção de inocência se configurar como um direito fundamental, e partindo da perspectiva que esses direitos são escolhas axiológicas de alta relevância para a sociedade e que há uma tendência de dinamização e ampliação do conteúdo desses, há uma imposição aos agentes e órgãos que atuem sempre no sentido de aumentar o âmbito da proteção da norma, isto é, de ampliar seu conteúdo⁵².

Assim, os direitos fundamentais, como cláusulas inscritas no texto constitucional, produzem efeitos irradiantes⁵³, humanizando a ordem jurídica e vinculando todo o sistema jurídico, seja em seu momento legislativo, executivo e até mesmo judiciário⁵⁴. Portanto, fixe-se a produção e aplicação do ordenamento segundo um parâmetro constitucional de respeito e tutela desses direitos.

É necessário destacar que a presunção de inocência, embora se revista formalmente no formato de princípio por enunciar um dever ser, no que tange ao seu conteúdo, se classifica como uma norma-princípio⁵⁵, posto que sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, veiculando, pois, um conteúdo político-ideológico, conforme já foi ressaltado. Classificação esta que condiciona a percepção que deve ser adotada na aplicação do referido princípio, que deve ser norteada e destinada a dar o máximo de eficácia possível ao seu conteúdo.

É imprescindível pontuar que a presunção de inocência guarda uma relação de interdependência histórica com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e do devido processo legal. Princípios fundamentais esses que ocasionaram na sua

⁵² MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.243.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P.124

⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.120.

⁵⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.273.

formação e que também o concederam a autonomia da presunção de inocência.

Mais especificamente, a concepção do estado de inocência implica em três diferentes consequências: a presunção da inocência enquanto norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo⁵⁶. A presunção de inocência como “norma de tratamento” garante até o término do devido processo penal, que a esfera de direitos dos indivíduos não sofrerá com eventuais atos estatais violadores⁵⁷, isto é, o imputado não poderá sofrer restrições pela simples possibilidade de condenação. Deste modo, destaca Vélez Mariconde:

Deste princípio deriva-se também, o fundamento, a finalidade e a natureza da coerção pessoal do acusado: se este é inocente até que a sentença final o declare culpado, é claro que a liberdade só pode ser restringida por meio de cautela, e não por antecipação da pena pela decisão do tribunal, sempre e contanto que o suspeito seja presumido culpado e seja indispensável para a atuação eficaz da lei penal e processual⁵⁸.

Dessarte, qualquer intervenção estatal na esfera jurídica do imputado, seja esta em menor ou maior grau, não poderá ocorrer em caráter ordinário, apenas de modo excepcional, para atender a finalidade de acautelar o processo. Observa-se que as eventuais restrições deverão apresentar respaldo em nível legislativo e constitucional.

Por sua vez, a presunção de inocência como “norma probatória” está voltada a determinação do ônus da prova, que tipo de prova deve ser apresentada e, por conseguinte, o que deve ser provado. Nota-se que o ônus da prova cabe à acusação, que não deve apresentar qualquer prova, mas sim uma prova lícita, buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões constitucionais e pelas leis, em consonância com o devido processo legal. Além de lícita, a norma deve ser incriminadora, posto que deve estar apta a demonstrar as circunstâncias de materialidade e autoria do acusado⁵⁹.

Ademais, a presunção de inocência como “norma de juízo” traduz a ideia de norma de suficiência, incidindo em toda decisão desde a análise do conjunto probatório até a formação da convicção judicial, isto é, trata-se da suficiência das provas colhidas para resultar na condenação do acusado. Deste modo, a presunção de inocência só pode ser afastada quando o julgador demonstrar em sua motivação, que baseado em prova lícita e

⁵⁶ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.424.

⁵⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.424.

⁵⁸ MARICONDE, Vélez apud *Fernando da Costa Tourinho Filho*. **Processo penal**. 30. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 30^a. v. 1. P. 63

⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.424.

incriminadora, atingiu o estado subjetivo de certeza necessário para decidir em desfavor do imputado, seja adotando qualquer medida restritiva de direitos ou condenando-o⁶⁰.

Atenta-se que os três significados são autônomos e importantes para a compreensão da dimensão do conteúdo da presunção de inocência. Por outro lado, é necessário pontuar que, é relevante para o presente trabalho estabelecer o marco temporal em que se finda a presunção de inocência, enquanto norma de tratamento.

Decerto, o Estado de inocência não é perpétuo, visto que este finda com o advento da condenação definitiva. E como foi visto, nos países em que o referido princípio foi recepcionado, cada carta constitucional tratou especificamente sobre o tema. O Brasil seguindo a tradição portuguesa, e dos demais países de língua portuguesa, estabeleceu como marco definitivo o trânsito em julgado.

Neste sentido, é sobre as diferentes interpretações jurisprudenciais paradigmáticas dadas ao marco definitivo da presunção de inocência, e, por conseguinte, ao alcance do conceito do Estado de inocência, que trataremos no capítulo seguinte.

⁶⁰ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, P.424.

2. Da evolução jurisprudencial acerca da concepção dos efeitos do princípio da presunção de inocência

2.1 A jurisprudência anterior ao ano de 2009 e o julgamento do HC nº 84.078-7/MG

Conforme ora preceituado, o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, assevera que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Deste modo, a partir da inteligência desse dispositivo o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por 7 votos a 4, em sessão realizada no dia 05 de fevereiro de 2009, pela impossibilidade da antecipação execução da pena privativa de liberdade.

É imperioso observar que, antes da referida decisão, a jurisprudência dos tribunais superiores não era uníssona quanto à possibilidade de antecipação da execução da pena antes do trânsito em julgado. Deste modo, parte entendia que caso o réu que fosse condenado criminalmente pelo segundo grau, isto é, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, ao interpor recurso especial ou extraordinário, já deveria começar a cumprir a pena que lhe havia sido imposta, a partir da ótica que tais recursos não eram dotados de efeito suspensivo, não obstante a ausência do trânsito em julgado.

Sobre a posição jurisprudencial que possibilita a antecipação da execução da pena antes do trânsito e julgado, Fernando Tourinho teceu severas críticas:

Nos períodos de exceção, todos criticam a política autoritária e ficam aos quatro ventos, clamando por liberdade, por democracia. Mas, quando cessa o período ditatorial, e o País de reencontra com a democracia e a liberdade, e nossos constituintes elaboram leis que vêm ao encontro dos anseios libertários, proclamando plena publicidade do processo, paridade absoluta dos direitos e poderes da acusação e defesa, a infranqueabilidade do domicílio, a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, o *due process of law*, a presunção de inocência, é de todo injustificável e inadmissível venha a justiça – e logo, a Justiça- a caminhar para o lado oposto, no sentido de retorno á época das construções político-ditatoriais⁶¹.

Por sua vez, a exemplo da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, também se entendia que a antecipação da execução da pena, desprovida do caráter cautelar da prisão preventiva, atentava contra o princípio da presunção de inocência previsto constitucionalmente. Neste sentido, em 2008, destacou o Ministro Eros Grau que “*se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade,*

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 30ª . v. 1. P. 66.

indubitavelmente mais grave, enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia” ⁶².

Nesse diapasão, a concessão do *Habeas Corpus* n° 84.078-7, nos termos do voto do relator, objetivou findar essa antiga discussão. Neste ínterim, o referido *Habeas Corpus* foi ajuizado em favor do paciente Omar Coelho Vítor, que visava obter o direito de recorrer em liberdade. Atenta-se que após ter sido condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado, nos termos do art. 121, §2º, I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro, e teve sua condenação confirmada pelo Tribunal.

Observa-se que o Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial, sob argumentação que o réu era renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que colocou à venda e que estaria se furtando da aplicação da lei penal. Pedido esse que foi deferido, e, em virtude do ocorrido, ensejou a interposição do recurso especial.

Diante do explicitado, em razão da não concessão de efeito suspensivo desse recurso, o Superior Tribunal de Justiça negou o direito de recorrer em liberdade, tendo então, sido interposto o Habeas Corpus ao Supremo Tribunal Federal, sob a argumentação de ausência de fundamentação da prisão preventiva e lesão ao princípio da presunção de inocência. Deste modo, a decisão foi proferida pela 2ª Turma, e, posteriormente, foi submetida ao Plenário.

O julgamento ocasionou em uma série debates de natureza processual penal e constitucional, tendo de um lado, os Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que entenderam e votaram pela concessão do Habeas Corpus. Por outro lado, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquin Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

Neste sentido, pela relatoria do Ministro Eros Grau, o referido julgamento resultou na seguinte ementa:

⁶² Brasil. Supremo Tribunal Federal, HC n° 85417/RS, Ministra Relatora Ellen Gracie, Segunda Turma, 02/09/2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718760/habeas-corpus-hc-85417-rs>>. Acesso em 30/08/2017.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (...)

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...)

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida (grifei).

Inicialmente o Min. Eros Grau, após problematizar acerca da teleologia do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pontuou quanto à impossibilidade de ser

considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória:

A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 1052), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 1473). Dispõe ainda, em seu artigo 1644, que a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado valerá como título executivo judicial⁶³.

Em respeito ao princípio da presunção da inocência e trazendo a jurisprudência, em consonância com o que esta já vinha decidindo em matéria de execução provisória das penas restritivas de direitos, o Ministro Eros Grau, aduziu que:

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo⁶⁴.

Destarte, no que concerne à distinção entre a antecipação da execução da pena condicionada ao acórdão condenatório e a temática das prisões cautelares, também acentuou:

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma Rogério Lauria Tucci, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: “o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva⁶⁵.”

Ademais, o Ministro Relator verberou que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, a restrição do direito de defesa, configurando-se desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. Neste sentido, a presunção de inocência se caracteriza, nas suas palavras, como uma extensão do direito a ampla defesa.

Outrossim, no que tange ao tema da supressão do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, destacou o Min. Eros Grau que se trata de característica de uma política criminal vigorosamente repressiva, instaurada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, alterada em 1994 e em 1988.

⁶³Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

⁶⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

⁶⁵Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

Sobre o referido entendimento, bem acentuou:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera⁶⁶.

Deste modo, asseverou que a interposição do recurso extraordinário ou especial, até final julgamento, isto é, o trânsito em julgado, impede a execução pena, salvo os casos previstos em lei, diante da necessidade de acautelar o processo. Além disso, pontuou que tal entendimento decorre da garantia do estado de inocência prevista na Constituição e pela instauração do modelo garantista brasileiro.

No concerne ao posicionamento jurisprudencial que vigorava, que advoga pela possibilidade de antecipação da execução da pena, ressaltou Min. Eros Grau que se trata de jurisprudência defensiva, posto que se reduz a amplitude ou mesmo se amputa garantias constitucionais sob a comodidade de uma melhor operacionalidade de funcionamento dos Tribunais Superiores. Deste modo, pontuou:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal⁶⁷.

Neste íterim, quanto argumento utilizado pela corrente contrária ao apregoadado pelo Ministro, este discorreu que até mesmo nas democracias os criminosos são sujeitos de direito, logo, não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. Desse modo, por fim, questiona como uma política processual pode sobrepor às garantias fundamentais resguardadas constitucionalmente:

São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual⁶⁸.

Diante do levantado, conclui-se que o entendimento firmado no HC n° 84.078-

⁶⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

⁶⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017

⁶⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.078-7/MG, Tribunal Pleno, 09/04/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

7/MG conferiu a presunção de inocência o sentido literal previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, dando o máximo de eficácia ao dispositivo constitucional. Tratando-se de posição coerente ao momento das reformas no processo penal efetuadas em 2008, estabelecendo um modelo mais garantista, se distanciando totalmente de uma posição que se relacione com a presunção de culpa ou, mais especificamente, com o Direito penal do inimigo, conceito este que será tratado no decorrer do trabalho.

2.2 A mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do HC nº 126.282/SP

É imperioso acentuar que a posição a respeito da impossibilidade da antecipação da execução da pena, desprovida de caráter cautelar, consagrada no ano de 2009 perdurou até 17 de fevereiro de 2016. Deste modo, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, por maioria, 7 votos a 4, o plenário mudou jurisprudência da Corte, afirmando que é, sim, possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

O supramencionado Habeas Corpus foi movido em favor do paciente Márcio Rodrigues Dantas. Em síntese, o writ destacava a ocorrência do flagrante constrangimento ilegal que ensejou a superação da Súmula 691/STF; pontuava também que o Tribunal de Justiça local determinou a imediata segregação do paciente, sem qualquer motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; e, por fim, dispunha que a prisão foi determinada após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e mais de três anos após o paciente ter sido posto em liberdade, sem que se verificasse qualquer fato novo e sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, este último elemento elencado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como requisito necessário para a execução da pena.

Com efeito, pela relatoria do Ministro Teori Zavascki, resultou na seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado.(grifei).

Primeiramente, em seu voto, o Ministro Teori Zavascki destacou que o tema da execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve a reflexão sobre o alcance do

princípio da presunção da inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deveria atender aos valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade do completo sistema de justiça penal brasileiro.

Nesse diapasão, sustentou o relator:

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 (...).

Neste ínterim, postula que com a introdução do princípio da presunção de inocência houve reflexos importantes na formulação das normas processuais supervenientes, especialmente das que vieram a tratar da produção das provas, da distribuição do ônus probatório, da legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. Deste modo, complementa que a sua introdução agregou ao processo penal brasileiro parâmetros para a efetivação de modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista, como o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da inadmissibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos e da não autoincriminação.

Em contrapartida, quanto à formação do juízo de culpabilidade sublinha:

A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. **É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo**⁶⁹. (grifei)

Por essa ótica, assevera que com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre a preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Deste modo, os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF, isto é, o recurso especial e o recurso extraordinário, têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nesse caso, aponta-se que, no segundo grau há um juízo de incriminação do

⁶⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, há a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência.

Sobre o referido entendimento pontua:

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. **Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.** (grifei)⁷⁰.

Neste sentido, visando comprovar a sua posição, cita, reproduziu os estudos de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, destacando o tratamento da presunção de inocência de forma “não absoluta” e até relativizada na Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, França, Alemanha, Espanha, Argentina e Portugal.

Destarte, pontua que os recursos de natureza extraordinária não têm por objetivo específico examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Na sua visão, destinam-se, a *prima facie*, à preservação da higidez do sistema normativo. Entendimento este que é ratificado, na ótica do Ministro, pelo fato da edição da EC 45/2004, posto que o referido diploma inseriu a existência de repercussão geral da matéria como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Deste modo, aduz que negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários tem ocasionado e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies. Além de sublinhar que a interposição sucessiva recursos não acarreta na interrupção da contagem do prazo prescricional, o que acaba causando a prescrição de muitos crimes.

Ademais, continuando seu raciocínio, assevera o Ministro que a retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário, conforme os textos normativos, harmoniza o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Portanto, por esta ótica não se mostra arbitrária, mas justificável a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, com restrição da liberdade do condenado, depois de firmada a

⁷⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Entretanto, pontuou, por fim, que pode haver, de modo excepcional, a concessão de efeito suspensivo aos Recursos extraordinário e especial:

Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do habeas corpus igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado⁷¹.

Acompanhando o voto do relator, e defendendo a relativização da presunção da inocência, destacou o Ministro Edson Fachin:

Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado⁷².

Nesse mesmo sentido, destacou o Ministro Luís Roberto Barroso que deve se considerar o índice baixíssimo de provimento de recursos extraordinários, percentual inferior a 1,5%. Sobre o tema também aduziu o Ministro Gilmar Mendes:

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal.

O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito⁷³.

Ademais, quanto à possibilidade de mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ressaltou o Ministro Luís Barroso que se trata de um típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Desse modo, por essa ótica, ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da

⁷¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

⁷² Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

⁷³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Portanto, a Constituição Federal e o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda que sem o trânsito em julgado.

Outrossim, pontuou o Ministro Luís Barroso que a prisão resultante do acórdão condenatório está consoante ao preceito do princípio da presunção de inocência:

No sistema processual penal brasileiro, a prisão pode ser justificada mesmo na fase pré-processual, contra meros investigados, ou na fase processual, ainda quando pesar contra o acusado somente indícios de autoria, sem qualquer declaração de culpa. E isso não esvazia a presunção de não culpabilidade: há diversos outros efeitos da condenação criminal que só podem ser produzidos com o trânsito em julgado, como os efeitos extrapenais (indenização do dano causado pelo crime, perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, etc.) e os efeitos penais secundários (reincidência, aumento do prazo da prescrição na hipótese de prática de novo crime, etc.). Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente⁷⁴.

Ante o exposto, essa foi à essência do voto do relator e daqueles que o acompanharam, que restringiram o conteúdo da presunção de inocência, enquanto norma de tratamento, ao antecipar seu marco final do trânsito em julgado para a decisão condenatória de segundo grau, pelos mais variados motivos. Entretanto, nota-se que pela leitura dos votos, há, de fato, uma grande preocupação, em comum, com a sistemática jurisdicional do processo penal, e pouca atenção para o conceito de Estado de inocência, sua origem, seu significado e seu conteúdo constitucional. Incoerência essa que será amplamente debatida no próximo capítulo.

⁷⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC n° 126.292-/SP, Tribunal Pleno, 17/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30/08/2017.

3. Da (im)possibilidade da relativização do princípio da presunção de inocência nos termos do HC nº 126.292/SP

3.1 Da antecipação da execução pena e sua intrínseca relação com a vertente do direito penal do inimigo

Conforme já foi abordado, a presunção de inocência trata-se de instituto amplamente contemplado nos diplomas legais internacionais desde a Declaração dos direitos do Homem e cidadão de 1789. Além disso, trata-se de preceito incorporado na maioria das Cartas Constitucionais de muitos países, tratando-se de um preceito universal.

Deste modo, a presunção de inocência, enquanto instrumento de proteção da liberdade, tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas⁷⁵. Trata-se de princípio constitucional relacionado à dignidade da pessoa humana e que orienta o sistema persecutório penal brasileiro como um todo, tendo reflexos no ônus probatório, no tratamento do imputado e no julgamento da ação penal.

Esse preceito é um princípio fundamental de civilidade, fruto da opção garantista brasileira e a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Deste modo, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos⁷⁶.

Nesse sentido, bem ressalta Nestor Távora:

O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado, Antes desse marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade (...) ⁷⁷.

Destarte, consoante ao disposto no art.5º, inciso LVII, da Constituição Federal, são manifestações claras deste conteúdo da presunção de inocência, a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou a antecipada da sanção penal antes do trânsito em julgado. É imperioso acentuar que para atingir o conteúdo constitucional da presunção de inocência, qualquer medida coativa anterior à decisão final é excepcional, por mais tênue que seja sua incidência na esfera de direitos do

⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed, Salvador: Juspodivm, 2016. P.418.

⁷⁶ LOPES JR, AURY. **Direito Processual Penal**. 11ª ED. São Paulo, Editora Saraiva, 2014. P.217.

⁷⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito Processal Penal**. 7 E.D Salvador: Juspodivm, 2012. P.55.

imputado⁷⁸.

Decerto, atenta-se que são distintos os conceitos de prisão cautelar e de antecipação da sanção penal. A prisão cautelar, como a preventiva, revela sua preocupação com a cautelaridade na tutela da persecução penal objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor ou por terceiros que possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação ou do processo.

Com efeito, Eugênio Pacelli ressalta que a prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e, mais quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade⁷⁹.

De fato, a prisão preventiva possui como pressuposto positivo para a sua decretação a existência do crime e indício suficiente de autoria, mas tal pressuposto não se configura como comprovação de culpa. Trata-se, pois, do que se convencionou denominar *fumus commissi delicti*.

Entretanto, conforme dispõe o art. 312 do Código de Processo penal Brasileiro, para a prisão preventiva ser decretada, esta tem que possuir um dos requisitos positivos, isto é, atentar contra a ordem pública, ordem econômica ou por em risco a aplicação da lei penal ou conveniência da instrução criminal, logo, deve o julgador provar, com os elementos objetivos constantes nos autos, a existência do *periculum libertatis*. Não se trata de prisão compulsória ou destituída de finalidade própria

Diferentemente é o caso da antecipação da execução da pena estabelecida nos moldes do HC 126.292/SP, que diante da condenação em segunda instância, ocasiona no cumprimento da pena estabelecida, ainda que pendente recurso aos tribunais superiores. Portanto, destoante do texto constitucional e legal que condicionam o cumprimento da pena-sanção ao trânsito em julgado. Deste modo, diante de uma execução provisória da pena despida de qualquer caráter cautelar se finda o estado de inocência, enquanto norma de tratamento.

Não merece prosperar o argumento que a antecipação da execução da pena não atenta contra a presunção de inocência, em virtude de serem permitidas as prisões cautelares. Tratam-se de conceitos diferentes, de finalidades distintas, a primeira visa a satisfação da pretensão executória do estado. Por sua vez, a segunda objetiva proteger o bom andamento e

⁷⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 372.

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**: 19 ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015. P.549

deslinde do processo.

Nesse diapasão, pela leitura do diploma constitucional, são ilegítimos e violam a presunção de inocência quaisquer efeitos negativos que, decorrentes da imputação, antes da sentença definitiva, impliquem no reconhecimento da culpabilidade. Neste sentido, pontua Concepción Arenal:

Impor a um homem uma grave pena, como é a privação da liberdade, uma mancha em sua honra, como é de haver estado na prisão, e isso sem que fosse provado que ele é culpado e com a probabilidade de que seja inocente, é algo que está muito distinta da justiça⁸⁰.

Atenta-se que a interpretação vencedora empreendida no HC 126.292/SP se demonstra com uma das variadas facetas do que se chama de direito penal do inimigo. É relevante pontuar que o texto intitulado Direito Penal do Inimigo, de Günther Jakobs, propôs um sistema penal à parte, voltado àqueles que, por sua posição, modo de vida, ou pertencimento a uma organização, tenham abandonado de forma duradoura o direito, ampliando, para esses casos, as possibilidades de castigar comportamentos afastados da lesão ao bem jurídico e mantendo um sistema de penas elevadas e de supressão ou debilitação das garantias processuais⁸¹.

Assevera Günther Jakobs que o Estado pode proceder de dois modos com os infratores: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação⁸². Essa segunda percepção é que a se denomina como expressão do Direito Penal do Inimigo.

Ademais, os assinalados como inimigos da sociedade não têm direito a um julgamento das infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente⁸³.

A função precípua do direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Perigo este que voltado à situação fática brasileira, se encaixa aos réus, que não têm sua prisão preventiva decretada e que remanescem livres até o trânsito em julgado da decisão condenatória, que podem ficar impunes frente à prescrição e a demasiada interposição de

⁸⁰ ARENAL, Concepción apud Eugenio Raúl Zaffaroni. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. P.113.

⁸¹ SOARES, Gabriela Mansur; RODRIGUES, Ingrid Samara. **Direito penal do inimigo: o regime disciplinar diferenciado aplicado ao preso provisório**. Editora Juris Plenum, Anos XII, n° 71, Setembro de 2016. p. 102.

⁸² JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P.42.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. P.11.

recursos. Neste sentido, a solução frente a esta ótica, é a de antecipar a execução da pena desta parcela de infratores, visto que estes supostamente atentam contra o ordenamento jurídico, contra o bom andamento da justiça penal e, portanto, devem ser considerados como inimigos.

Com efeito, é nessa perspectiva em que o voto vencedor do HC n° 126.929/SP permeia ideais pertencentes ao Direito Penal do Inimigo ao destoar da teleologia do conceito constitucional de presunção de inocência, ampliando a punibilidade ao impor uma antecipação da execução a partir confirmação da sentença condenatória no julgamento de 2ª instância.

Todavia, a ideia de Direito Penal do Inimigo não é compatível com atual Estado Democrático de direito, vigente no Brasil. Cercear o conceito de presunção de inocência e desrespeitar a literalidade do dispositivo constitucional visando à manutenção do bom funcionamento da justiça penal é reforçar a ideia de perseguição ao inimigo. Preço esse que é muito caro e deslegitima a proteção dos direitos fundamentais e a opção garantista vislumbrada pelo constituinte.

Na mesma medida, conclui Zaffaroni:

Na medida em que a doutrina penal legitime ou ignore, com o nome que for, o tratamento diferenciado dos inimigos ou estranhos, esse comportamento está atingindo o Estado de direito concreto, real ou histórico e, ao mesmo tempo, está invalidado o princípio diretor do Estado de direito, porque toda racionalização doutrinária nesse sentido implica uma quebra do instrumento orientador da função política do direito penal. Não é de se estranhar, portanto, que tantas vezes o direito penal tenha perdido o rumo⁸⁴.

3.2 O recurso especial e extraordinário e inaplicabilidade dos termos estabelecidos para permitir a execução antecipada da pena

A temática da natureza dos recursos extraordinário e especial foi amplamente debatida no julgamento do HC n° 126.292/SP. Nesse sentido, o voto vencedor estabeleceu que, em razão da função precípua extraordinária desses recursos, por serem manejados em via de exceção, não se prestariam a analisar as questões fáticas, apenas as relacionadas ao direito. Ocorrendo o fenômeno da preclusão fática, inviabilizaria o reexame das provas, concretizando a formação da culpabilidade, em caso de decisão condenatória de 2º grau. E, por conseguinte, o fim da presunção da inocência.

Nesse sentido, o recurso extraordinário, em sentido estrito, tem por finalidade a preservação da autoridade e da integridade da Constituição. Por sua vez, o recurso especial

⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007. P.190

destina-se à preservação da autoridade e da integridade da legislação federal, bem como da uniformidade de sua interpretação. Em que pese os referidos recursos visarem um controle de constitucionalidade e legalidade, estes não deixam de se preocupar com o direito concreto do recorrente. Portanto, não deve se acolher o entendimento da formação da culpa a partir da decisão condenatória de segunda instância.

É imprescindível pontuar que não é correto 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. Atenta-se que o Direito Brasileiro adota a teoria da culpabilidade normativa, que se preocupa estritamente com a reprovabilidade da conduta⁸⁵, em que os fatos não assumem qualquer relevância para o juízo de reprovação⁸⁶. Deste modo, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se trate como culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação⁸⁷.

Com efeito, o caráter extraordinário dos recursos não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado expressamente estabelecido como marco final do processo e inicial para os efeitos da comprovação da culpa. Ademais, não há trânsito em julgado na pendência de um julgamento de recurso.

Outrossim, observa-se que a defesa da antecipação da execução da pena se pautou no entendimento da comprovação progressiva da culpabilidade, na Teoria gradualista. Todavia, essa visão gradualista da presunção da inocência não deixa de esconder um ranço técnico-positivista da presunção da culpa, pois sob seu argumento está uma certeza de que ao final, a decisão de mérito será condenatória.

Sobre a ótica gradualista acentua Maurício Zanoide:

Assim, acreditar que ao avançar na persecução (mesmo ao se atingir uma decisão condenatória em primeiro grau) está-se mais próximo de uma condenação significa trabalhar com a “presunção de culpa”, e não com a de inocência, esse raciocínio era empreendido pelos positivistas e pelos técnicos-juristas do nazifascismo, com a diferença que eles antecipavam essa “lógica gradualista” para o início da ação penal. Afirmavam, ao tempo de um outro Estado de Direito: se ao final da fase de investigação já se tem elementos suficientes para demonstrar a materialidade e autoria da infração, a prisão no início da fase judicial deverá ser obrigatória. Na esteira desses influxos juspolíticos elaborou-se a redação original do já revogado art.312 do Código de processo penal brasileiro, que instituía a prisão obrigatória⁸⁸.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 605.

⁸⁶ WELZEL apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed.Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 286-28

⁸⁷ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva. 2017. P.142.

⁸⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P.455.

Portanto, é reducionista a visão que a impossibilidade de reavaliação da prova implique na antecipação execução da pena. É notório destacar que essa ótica também desconsidera a independência dos conceitos decorrentes da presunção de inocência, enquanto norma de julgamento e norma de tratamento.

Nesse sentido, ressalta Maurício Zanoide:

Sob a perspectiva ora implementada, no âmbito da proteção da norma fundamental da presunção articulam-se esses três significados, que ela orienta e inspira como norma constitucional maior. São formas de manifestação autônomas que interagem e não esgotam a presunção de inocência.

(...)

Apenas para exemplificar a referida autonomia entre esses três modos de a presunção de inocência se manifestar no processo penal, pode-se observar que “norma de tratamento” aquele direito pode ser reduzido de forma significativa no curso da persecução, sem que isso implique supressão ou redução, na mesma proporção ou intensidade, da presunção de inocência como “norma de juízo” ou “norma probatória”. Isso ocorre no curso da persecução, por exemplo, quando há a decretação da prisão preventiva. Nesse caso, a porção representada pela “norma de tratamento” é reduzida de maneira muito significativa, chegando até a supressão em alguns pontos. Todavia, essa imposição de tratamento bem restritivo não elimina a necessidade do órgão da acusação demonstrar, por meio de provas ilícitas e incriminadoras, a necessidade da medida restritiva. Da mesma sorte, aquela restrição na forma de tratamento não provoca redução semelhante ou correspondente na porção da presunção de inocência entendida como “norma de juízo”, tanto que não é incomum que uma pessoa presa no curso da persecução seja posteriormente liberada e, também, possa ser ao final absolvida pelo mesmo juízo que determinou sua prisão.

Como já foi abordado, os conceitos provenientes do estado de inocência são autônomos. Portanto, no caso da norma de julgamento, isto é, aquela traduz a ideia de norma de suficiência, incidindo em toda decisão desde a análise do conjunto probatório até a convicção judicial, tiver sua atuação diluída, não implica na inutilidade da presunção de inocência enquanto norma de tratamento. Deste modo, o réu deve receber de tratamento de inocente até o trânsito em julgado da decisão condenatória, sendo inconcebível a antecipação da execução da pena nos moldes da decisão do HC nº 126.292/SP, sob pena de esvaziar o conteúdo da presunção de inocência.

Por outro lado, a supramencionada decisão também invocou como argumento fundamental a ausência de efeito de efeito suspensivo dos recursos extraordinário e especial, como motivo para execução da decisão condenatória.

A expressão "efeito suspensivo", embora consagrada na doutrina, é incorreta, por introduzir a uma ideia equivocada de que o recurso é que se suspende a eficácia da decisão. Não é o recurso que suspende a eficácia da decisão, mas sim a recorribilidade, isto é, a simples possibilidade de interposição do recurso, que impede que o ato produza os efeitos

desde logo, a interposição do recurso prolonga a condição de ineficácia da decisão. Portanto, no caso dos recursos que a lei prevê o "efeito suspensivo", a possibilidade de recorrer já é suficiente para que a decisão seja ineficaz desde o momento em que é proferida. Se a eficácia fosse suspensa pela interposição dos recursos, isto significaria que a decisão seria eficaz até que o recurso fosse protocolado. Somente nesse momento é que a decisão deixaria de ser eficaz⁸⁹.

A ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário não guarda nenhuma relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado. Na visão de Aury Lopes, essa posição trata-se de uma equivocada adoção da teoria geral do processo, que desconsidera as categorias jurídicas próprias do processo penal e também a eficácia constitucional de proteção que inexistente no processo civil⁹⁰.

Sobre o tema, ressalta Pacelli:

O problema no processo penal é que, ao contrário do juízo cível, no qual a execução provisória penal não contempla semelhante possibilidade. Uma vez executada, o provimento do recurso ou a concessão de habeas corpus (que, aliás, são muito frequentes) nada poderá fazer em relação ao tempo de encarceramento provisório⁹¹.

Portanto, é incabível a aplicação do conceito de efeito suspensivo nos moldes do processo civil, visto que o processo penal lida com liberdade, com o bem jurídico vida em si, que não admite, pela ordem constitucional vigente, uma disposição tão simplória. Neste sentido, resta incontestado que a ausência de efeito suspensivo, nos termos legais, não se aplica ao Processo Penal e, portanto, não autoriza antecipação da execução da pena.

Outrossim, outro fundamento levantado nos votos HC n° 126.292/SP se refere a baixa quantidade de recursos extraordinários providos. Trata-se de um juízo que não merece prosperar, visto que a liberdade do réu não pode ser condicionada a quantidade de recursos providos.

Nesse diapasão, é necessário trazer a baila o conteúdo do Recurso Extraordinário n° 755.565/RS:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO PENAL. CONTRAVENÇÃO PENAL.

1. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por dois crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência.

2. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª Ed, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015. P.820.

⁹⁰ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva. 2017. P.143

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**: 19 ed. , São Paulo: Editora Atlas, 2015. P.606.

proporcionalidade.

3. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988.

4. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em que pese o baixo provimento dos recursos, a absolvição é uma possibilidade. A que se presta um Processo Penal movido pelos quantitativos e não guiado pelos direitos fundamentais? Que conduz a um possível inocente a cumprir a execução de pena de forma antecipada e desnecessária? Certamente, um processo penal que não se preocupa com as garantias individuais que o réu possui.

Por outro lado, grande parte da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal foi motivada em razão da demora no julgamento dos recursos, o que, na visão de alguns Ministros, levaria à impunidade de alguns casos pela ocorrência de prescrição. De fato, é inegável a demora no julgamento dos recursos, contudo a ineficiência do sistema processual não pode ser depositada no cidadão recorrente ou na Constituição. Há outros instrumentos que podem ser criados reforçando a ideia de afastar recursos protelatórios, posto que o funcionamento da corte não pode ser melhorado em detrimento da aplicação de um direito fundamental.

3.3 O julgamento do HC n° 126.292/SP como expressão do ativismo judicial e do utilitarismo, enquanto corrente filosófica justificadora

É importante ressaltar que a interpretação e a própria compreensão do princípio da presunção de inocência realizada pelo Supremo Tribunal Federal mudou para uma posição diametralmente oposta em menos de um lapso temporal de 7 anos. Decerto, é inconteste que a nova interpretação fixada foge da literalidade disposta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelecendo que o preceito da presunção de inocência é compatível com a antecipação da execução da pena, diante de uma decisão condenatória estabelecida pela 2ª Instância.

Neste sentido, é relevante sublinhar que, no julgamento do HC 126.292, acompanhando o voto do relator, o Ministro Luís Barroso dispôs que o caso em tela se trata de uma típica situação de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.

Deste modo, até que ponto poderia se efetivar esse tipo de alteração na compreensão da realidade social sem se desvincular dos ditames constitucionais? De fato, toda decisão

judicial é, em si, uma violência. Violência contra as demais possibilidades interpretativas que não se efetivam.

Destarte, o conteúdo da Constituição integra valores ideológicos de duplo sinal: valores das estruturas dominantes no momento de sua elaboração, isto é, do próprio Estado, e valores correspondentes a outras estruturas, a sociedade civil, cuja aposta é a superação do status inicial. Nessa coexistência de valores reside a dimensão ideológica da Constituição⁹².

Nesse diapasão, pode se dizer que a mutação constitucional tem a função de completar a constituição, é uma decorrência lógica desta, na medida em que a Carta Constitucional é uma obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial e o essencial às vezes é incompleto, exigindo atuação ulterior, dando continuidade e aplicação, mas sem vulnerar a obra constitucional⁹³. Portanto, mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem lhe violar a letra e o espírito.

Contudo, os limites hermenêuticos existem e quando são ultrapassados, não há que se falar em mutação constitucional, e sim em uma das feições do ativismo judicial. O fenômeno do ativismo judicial pode ser identificado, conforme aponta Keenan Kmiec, quando estiver presente um destes indicativos: a derrubada de atos constitucionais dos outros poderes; a desconsideração dos precedentes; o exercício de atividade legislativa (“*judicial legislation*”); o desvio da metodologia “aceitável” de interpretação e o julgamento “voltado aos resultados” (“*result-oriented judging*”)⁹⁴.

Nesse sentido, pode se dizer que houve a extrapolação e em parte a negação da norma constitucional. Na visão de Aury Lopes, é preciso compreender que os conceitos no processo penal, principalmente os arraigados na Constituição Federal, têm fonte, história e não cabível que sejam manejados irrefletidamente ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’, visto que há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito até o “trânsito em julgado”⁹⁵.

Ao inserir uma nova interpretação e uma reformada ordem, os ministros enxergam a ideologia da defesa social como base para todo o Direito Penal e Processo Penal, ancorando a uma política criminal num legalismo dogmático extremo, que tende a segregar sempre que

⁹² BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder**. Juruá Editora: Curitiba, 2011. P. 51

⁹³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais**. Osasco, EDIFIEO, Reedição em 2015 da 1ª Edição de 1986. P. 11.

⁹⁴ KMIEC, Keenan D.. **The origin and current meanings of "judicial activism"**. California Law Review, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004. P. 1466.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva. 2017. P.143.

possível.

Outrossim, é importante ressaltar ainda que no julgamento HC nº 146.815/MG, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 22 de agosto de 2017, o referido Ministro versou sobre a sua mudança do entendimento sobre o tema da antecipação da execução da pena, para estabelecer como marco do fim da presunção de inocência a condenação pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, em decisão monocrática, asseverou no mencionado voto:

Ainda, no julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ⁹⁶.

Nesse sentido, se questiona o que aconteceu em tão pouco tempo para se modificar e ir de encontro à decisão estabelecida no Pleno do Supremo Tribunal Federal. Decerto, isso demonstra apenas a volatilidade do ativismo judicial, e do decisionismo, posto que dissociados do texto constitucional, as decisões podem assumir qualquer forma. Sobretudo, ainda que se acolha tal posicionamento, subsiste a relativização da presunção de inocência.

Por conseguinte, ao julgar pela relativização da presunção de inocência, em uma das feições do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal consagra o princípio do utilitarismo em prol de uma maioria e em detrimento de uma minoria. Neste sentido, Zygmunt Bauman dispõe que a opção de manter os desiguais e diferentes rotulados afastados do trato social é inerente de uma sociedade que flui em circunstância do medo, a única forma de renunciar a esse temor, ou seja, de viver num ápice de felicidade, seria conter aqueles selecionados ou que fazem parte da malha penal⁹⁷.

Negar-lhes a liberdade e tomá-los como culpados antes de terem sido de fato condenados aproxima-se às normas de higienização e limpeza social, num utilitarismo crescente. Portanto, a negação dos direitos fundamentais se inicia a partir do momento em que normas ou decisões que ferem as prerrogativas desses direitos são tidas como método ou como regra.

O pensamento utilitarista, originário dos entendimentos de Jeremy Bentham, entende que o indivíduo tem importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. Deste modo, a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, pode estabelecer a violação do que se consideram normas

⁹⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC nº 146.41/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, 22/07/2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/8/art20170824-06.pdf>>. Acesso: 30/08/2017.

⁹⁷BAUMAN, Zygmunt apud FERREIRA, Iverson Kech. **Presunção de inocência, Kant e o utilitarismo**. Revista Bonijuris, ano XXIX, nº 639, V.29, fevereiro de 2017. P. 27.

fundamentais de decência e do respeito do trato humano⁹⁸.

Essa perspectiva é fortemente criticada pela filosofia kantiana, uma vez que não se considera o homem como um fim em si mesmo, desrespeitando sua condição de dignidade humana, usando-o para determinados objetivos⁹⁹. A intenção da ação, de prender antes do trânsito em julgada, é realizada para garantir o bom funcionamento do sistema, sendo o réu apenas um elemento suscetível de disposição, um verdadeiro objeto processual.

Não obstante, tratar a liberdade do indivíduo como mero artifício é um risco eminente, posto que o cárcere, principalmente nas condições brasileiras, é um transformador da identidade. De fato, com a prisão, primeiro se destrói a identidade e depois, com a soltura, a torna diferente para a sociedade, cria-se a estigmatização em torno do solto.

Na visão de Iverson Kech, essa estigmatização ocasiona em uma rotulação constante pelo sistema, e sua condição é o estopim para que contra o recém-solto sempre aja o poder de polícia, o sistema penal e toda uma máquina de punição e penitência¹⁰⁰. As prisões podem até mudar alguma coisa nos indivíduos que nelas vivem, mas não alteram a perspectiva com a qual os indivíduos convivem: a de que as condições sociais de seu passado estarão presentes também em seu futuro, ou seja, para o detento brasileiro não há prognóstico, somente o diagnóstico de bandido¹⁰¹.

Ante ao apresentado, pode se dizer que posição vencedora e adotada pelo Supremo Tribunal Federal parte de uma racionalidade burocrática que não prevê os intuitos da penalização nem de seus motivos. Desse modo, pautada no substrato de preventiva, isto é, como maneira, por exemplo, de impedir a impunidade, abusa da possibilidade real de ser considerado inocente o acusado, preso ainda antes de sua sentença definitiva.

3.4 Dos possíveis reflexos na população carcerária brasileira

É imperioso sublinhar a decisão proferida no HC n° 126.292/SP, não possui caráter vinculante e tem efeito *inter-partes*, não possuindo efeito erga omnes e, portanto, limitando-se àquele caso ora tratado¹⁰². Entretanto, em que pese sua eficácia *inter partes*, atesta-se que a

⁹⁸ SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015. P. 137.

⁹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. P. 68.

¹⁰⁰ KECH, Iverson. **Presunção de inocência, Kant e o utilitarismo**. Revista Bonijuris, ano XXIX, n° 639, V.29, fevereiro de 2017. P. 30.

¹⁰¹ TAVARES, Gilead Marchezi; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. **Atestado de exclusão com firma reconhecida: o sofrimento do presidiário brasileiro**. Psicol. cienc. prof., Brasília, v. 24, n. 2, p. 86, jun. 2004. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30/08/2017.

¹⁰² LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5ª Edição, Editora Saraiva. 2017. P.142.

orientação perpetrada na decisão está sendo aplicada quase na totalidade nas decisões condenatórias de segunda instância.

Nesse sentido, pode se destacar as decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região como amostra. O referido Tribunal é composto de quatro Turmas, das quais a maioria substancial das decisões condenatórias seguem os moldes estabelecidos no HC 126.292/SP.

Deste modo, destaca-se a posição da 1ª Turma, do referido Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NOVEL ENTENDIMENTO DO STF (HC 126.292/SP E ARE 964.246/SP). POSSIBILIDADE.

1. Habeas Corpus impetrado em favor de A.S.A.B., objetivando o trancamento da Execução Provisória das penas restritivas de direitos (Processo nº 0800178-46.2017.4.05.8502), impulsionada pelo Juiz da 7ª Vara Federal de Sergipe, em razão da condenação nos autos da Ação Penal nº 000252-51.2008.4.05.8502, ainda não transitada em julgado.

2. Quando do julgamento, pelo STF, do HC 126.292/SP, bem como do ARE 964.246/SP (julgado sob a sistemática da repercussão geral), restou assentado que a execução provisória da decisão confirmada em segunda instância não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF). O novel posicionamento da Corte Constitucional foi essencialmente assentado no exaurimento da cognição da matéria fática.

3. É verdade que o STF, em outra época (antes do julgamento do HC 84.078/MG, em 05/02/2009), admitiu a execução provisória da pena privativa de liberdade, sem, todavia, autorizar o cumprimento das sanções restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Todavia, a atual jurisprudência do Pretório Excelso não faz, ao menos expressamente, essa ressalva.

4. Adota-se o posicionamento da Sexta Turma do STJ, apontando pela possibilidade da execução provisória também das penas privativas de liberdade convertidas em restritivas de direitos. Afinal, não é proporcional imaginar que possa ser executada, por exemplo, a grave pena de reclusão em regime fechado, e não se possa executar, provisoriamente, uma prestação de serviços à comunidade ou uma proibição de frequentar determinados lugares, como determinado no caso dos autos. Aqui, vale a lição proveniente do *adágio in eo quod plus est semper inest et minus* (quem pode o mais, pode o menos).

5. Ordem de Habeas Corpus denegada.

(PROCESSO: 08047158020174050000, HC/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, **1º Turma**, JULGAMENTO: 18/07/2017). (grifei).

Atenta-se que o mesmo posicionamento foi adotado na 2ª Turma¹⁰³, na 3ª Turma¹⁰⁴, e na 4ª Turma¹⁰⁵, o que demonstra o acolhimento do posicionamento no Tribunal Regional Federal 5ª Região.

Nesta toada, visando dimensionar o impacto da decisão, também se faz mister

¹⁰³ Brasil. Tribunal Regional da 5ª Região. Processo nº 08014819020174050000, HC/SE, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 2ª Turma, 22/03/2017. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 30/08/2017.

¹⁰⁴ Brasil. Tribunal Regional da 5ª Região. Processo nº 00019630820164050000, EXECPR1/CE, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, 3ª Turma, 16/03/2017. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 30/08/2017.

¹⁰⁵ Brasil. Tribunal Regional da 5ª Região. Processo nº 00008984120174050000, HC6343/RN, Desembargador Federal Edílson Nobre, Quarta Turma, 27/06/2017. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em 30/08/2017.

analisar os acórdãos do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Observa-se que o referido Tribunal é composto de quatro Câmaras Criminais que lidam com os processos de matéria penal do mencionado estado.

Deste modo, é importante ressaltar o conteúdo do Acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE ILEGAL E RESISTÊNCIA (ARTIGOS 12 DA LEI Nº 10.826/2003 E 329 DO ESTATUTO PUNITIVO).

I - Inviável o pleito absolutório, com relação ao crime previsto no artigo 329 do Código Penal, pois a confissão extrajudicial do apelante, aliada aos depoimentos harmônicos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, não deixam dúvidas que o crime de resistência foi praticado pelo acusado. depoimentos prestados por policiais que se ajustam aos mais elementos constantes do processo, inclusive com a referida confissão, não podem ser desprezados sem indicativo de suspeição ou contradição em suas declarações a ponto de desconsiderá-los indigno fé. Inteligência da Súmula nº 75 do TJPE.

II - Reavaliação da pena. Antecedente Criminal e Reincidência - Utilização do mesmo processo para elevar duplamente a pena como circunstância judicial e agravante. Bis in idem caracterizado. Enunciado da Súmula 241 do STJ. Ausência fundamentação - Redução. Inviável é a utilização um fato considerado como maus antecedentes para elevar a pena em uma primeira etapa a título circunstância judicial e, num segundo momento, fazer incidir a agravante da reincidência com base nesse mesmo fato, uma vez que afronta o princípio do non bis in idem. Aumenta-se a pena somente em virtude da reincidência, circunstância que sempre agrava a pena consoante previsão contida no artigo 61, I, do CP. Mero erro na aplicação da pena, pondo ser retificado por esta instância Superior. Nova fundamentação da dosimetria e individualização das penas que se impõe, mantendo-se, todavia, a pena definitiva do acusado em 03 (três) anos de prisão e multa 20(vinte) dias-multa, em observância ao princípio da non reformatio in pejus.

III - Sendo fixada pena inferior a quatro anos e tratando-se condenado reincidente, há mantido o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

IV - Nos termos do art. 44, e art. 77, ambos do CP, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou à concessão de sursis, acusado reincidente em crime doloso e com avaliação negativa de suas circunstâncias judiciais.

V - A execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Novo entendimento do Supremo Tribunal de Justiça. **Precedentes**

VI - Provimento parcial do apelo do acusado Lourivaldo Gomes Francisco, com imposição de expedição de mandado de prisão em desfavor do apelante expedindo-se, também, após o seu recolhimento ao cárcere, Carta Guia de recolhimento provisório, a ser encaminhada a Vara de Execução Penal competente.

(Apelação Nº 0424.691-1, Desembargadora relatora Daisy Maria Andrade Costa Pereira, **3ª Câmara Criminal**, data de julgamento: 21/06/2017, data de publicação: 07/08/2017) (grifei).

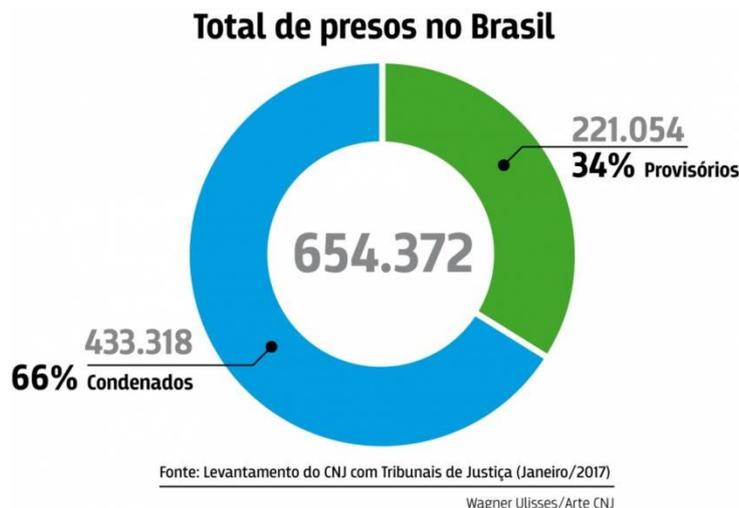
Deste modo, nota-se que o mesmo entendimento se extrai da jurisprudência da 1ª Câmara Criminal¹⁰⁶, da 2ª Câmara Criminal¹⁰⁷ e da 4ª Câmara Criminal¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Nº 0421973-6, Desembargador Relator Odilon Oliveira Neto, 1ª Câmara Criminal, 14/06/2016. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml>>. Acesso em 30/08/2017.

Portanto, resta inconteste que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n° 126.292/SP teve forte impacto nas decisões dos Tribunais de 2ª Instância. Nesse diapasão, destaca-se que a antecipação da execução da pena “automática”, diante de decisão condenatória de 2º grau, passa a ser a regra no ordenamento brasileiro como um todo.

Mas, teria tal decisão condão de causar impacto na comunidade carcerária? De fato, é sabido que no Brasil a prisão preventiva, sobretudo sob a argumentação da ordem pública, é utilizada de forma indiscriminada, acarretando no enclausuramento de parte significativa dos réus.

De acordo com o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em janeiro de 2017, 34% dos presos brasileiros são provisórios, correspondendo ao quantum de 221.054,000 presos¹⁰⁹. Conforme demonstra o gráfico a seguir:



É importante ressaltar que o referido levantamento também destaca o percentual de presos provisórios por tipo de crime praticado:

¹⁰⁷ Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação N° 412821-8, Desembargador Relator Antônio Carlos Alves da Silva, 2ª Câmara Criminal, 07/06/2017. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml>>. Acesso em 30/07/2017.

¹⁰⁸ Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação n° 458734-6, Desembargador Relator Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, 4ª Câmara Criminal, data de julgamento: 14/07/2017, data publicação: 03/08/2017. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/xhtml/consulta/escolhaResultado.xhtml>>. Acesso em 30/08/2017.

¹⁰⁹ CNJ. Levantamento carcerário de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em 30/08/2017.

PERCENTUAL DE PRESOS PROVISÓRIOS POR TIPO DE CRIME PRATICADO



Fonte: Levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça (Janeiro/2017)

Wagner Ulisses/Arte CNJ

É necessário pontuar que, conforme explicita à pesquisa, as prisões preventivas são decretadas, em sua grande maioria, em crimes específicos, tais quais tráfico de drogas, roubo, homicídio, furto, receptação, estupro de vulneráveis, extorsão e organização criminosa. Crimes estes que a sociedade atribui maior gravidade, que geram maior convulsão e comoção social.

Entretanto, e quanto ao tratamento dos demais crimes? É importante pontuar que, antes da decisão do HC nº 126.292/SP, os réus que estavam sendo acusados de outros crimes, distintos dos expostos, em regra, permaneciam em liberdade, até o trânsito em julgado de sua ação.

Com efeito, a mudança de paradigma acarretará em grande impacto na comunidade carcerária, posto que, àqueles réus que, antes aguardavam em liberdade, isto é, que não eram presos preventivos, agora, diante da decisão condenatória de segunda instância, estarão fadados à reclusão, independente da pendência de recursos aos Tribunais Superiores.

Aspecto esse que faz concluir que a política criminal está voltada para a prisão enquanto regra, mesmo em um país marcado pela superlotação carcerária. Neste contexto, as prisões brasileiras funcionam como meios de se oficializar a exclusão que já paira sobre os detentos, como um atestado de exclusão com firma reconhecida¹¹⁰. É importante ressaltar que é reconhecido não só o estado de precariedade das prisões, como também o estado de precariedade em que se encontram as pessoas antes do encarceramento, que em grande parte das vezes, são provenientes de grupos já se situam a margem da sociedade.

Deste modo, percebe-se que, ao se buscar o bom andamento do processo, através da

¹¹⁰ TAVARES, Gilead Marchezi; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. **Atestado de exclusão com firma reconhecida: o sofrimento do presidiário brasileiro**. Psicol. cienc. prof., Brasília, v. 24, n. 2, p. 86, jun. 2004. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30/08/2017.

execução antecipada da pena, se cria outro problema que é a piora da superpopulação existente nos presídios brasileiros, ocasionando, sobretudo, mais exclusão e motivos para perpetuação da criminalidade do que qualquer tipo de efeito regenerador dos presos.

CONCLUSÃO

É possível depreender, ante o apresentado, que a presunção de inocência se trata de preceito mundialmente acolhido e estabelecido, que nasceu diante da necessidade de se opor à presunção de culpa, presente no período inquisitivo, assim como tem o fito de controlar o *jus puniendi* do Estado frente ao *jus libertatis* necessário e pertencente ao indivíduo.

Com efeito, a presunção de inocência passa a se configurar como preceito orientador de todo o processo penal, estabelecendo um modelo garantista, em que o réu deixa de ser considerado como simples objeto no processo penal para se configurar como sujeito processual, dotado de garantias, principalmente no que concerne ao devido processo legal.

Portanto, após a Declaração dos direitos do Homem e Cidadão de 1789, a presunção de inocência passou a ser valor tutelado e incorporado em vários países, em suas cartas constitucionais. Não obstante, em cada país, há, sobretudo, uma missão específica e uma razão de ser para a incorporação do Estado de Inocência. No Brasil, a introdução do preceito da se deu em reação aos anos de ditadura, de cerceamento de direitos, para dar início à associação direta entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o processo penal. Esse foi o objetivo do constituinte de 1988 ao estabelecer no art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em que pese a clara mensagem da literalidade do dispositivo constitucional, entretanto, por muitos anos foi aplicada a antecipação da execução da pena, até o ano de 2009, quando o HC Nº 84.078-7/MG foi julgado em plenário pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, estabelecendo a incompatibilidade do referido instituto com o direito fundamental da presunção de inocência.

Cerca de sete anos depois, foi julgado, em plenário, o HC nº 126.292/SP, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmando decisão oposta à consagrada em 2009, estabelecendo 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.

Nessa toada, é importante ressaltar que, a despeito de muitos argumentos terem sido levantados para justificar tal decisão, impende evidenciar que os termos destacados no julgamento do HC nº 126.292/SP para justificar a antecipação da execução da pena são incompatíveis com o dispositivo constitucional contido no art. 5º, LVII.

É assaz importante destacar, conforme tratado alhures, que a presunção de inocência pode se manifestar enquanto norma de juízo, norma probatória e norma de tratamento, conceitos estes autônomos, igualmente independentes. Mais especificamente no que tange a norma de tratamento, é sabido que o réu deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da decisão condenatória. Portanto, resta incontestado que houve a relativização da presunção da inocência, visto que ocorreu o esvaziamento parcial de seu conteúdo.

No julgamento do HC nº 126.292/SP, se fez certa confusão acerca do conceito de prisão pena e prisão cautelar. Nesse sentido, a prisão cautelar é possibilitada pela própria Constituição Federal, desde que atendido os requisitos legais, posto que esta tem a função precípua de acautelar o processo, protegê-lo. Objetivo este distinto da finalidade punitiva da prisão-pena, que visa satisfazer o jus puniendi estatal, logo, esta quando antecipada, é incompatível com o texto constitucional.

Outrossim, a aludida decisão também fez referência ao caráter extraordinário dos recursos destinados aos tribunais superiores como elemento que interferiria no conceito de trânsito em julgado, além de dispor que a ausência de efeito suspensivo desses recursos determinaria o cumprimento imediato da decisão. Trata-se de argumentos parcos, já que, quanto ao primeiro, a preclusão fática que acarreta na inadmissibilidade do reexame de provas não significa o trânsito em julgado da ação penal, além do fato que a presunção de inocência como norma de tratamento se consubstancia enquanto norma autônoma, independente ou não da análise de provas. Por sua vez, quanto ao segundo argumento, é cediço que o conceito de efeito suspensivo dos recursos tem outro significado no processo penal, distinto do processo civil, argumento que reforça a ideia de que na decisão expressa não se dá a preocupação devida com o bem que está sendo atingido na ação penal: a liberdade.

É possível depreender, ademais, que a referida decisão foi uma expressão do Direito Penal do inimigo, visto que fixou os réus, que estariam em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória, como inimigos da Justiça, do célere andamento do processo, como adversários do Estado. Deste modo, cerceou-se a garantia fundamental explícita da presunção da inocência sob o lema de proteção geral da persecução penal. Pensamento este incompatível com Estado Democrático de Direito.

Sobretudo, a decisão do HC nº 126.292/SP mostrou uma das feições do ativismo

judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que atuou enquanto legislador, voltando-se à sistemática de resultados, ao atribuir um conceito distinto do previsto na literalidade do no art. 5º, LVII. Essa posição da Corte Suprema reforça o decisionismo e expressa o conteúdo utilitarista das decisões, na medida em que se atribui a prisão como solução para os problemas e inconvenientes processuais.

Contudo, em que pese uma série de teses levantadas para a defesa da antecipação da execução da pena, não se levantou qualquer argumento a respeito do impacto que a decisão poderia trazer a comunidade carcerária. No Brasil, é de conhecimento notório que a situação da superlotação dos estabelecimentos prisionais é periclitante. Além de que, conforme apresentado, os réus realmente atingidos por essa decisão, são aqueles em que, geralmente, não eram submetidos à prisão preventiva, portanto, remanesciam em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal. Neste sentido, diante da aplicação quase unânime nos Tribunais de segundo grau, é inegável que a execução provisória da pena ocasionará repercussão nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Ante o exposto, é possível concluir que a garantia fundamental da presunção da inocência foi lesionada e relativizada na medida em que se permitiu a execução antecipada da pena sob o vilipêndio do texto constitucional, o que denuncia a feição punitivista dos próximos ditames a serem estabelecidos como orientações do processo penal brasileiro.

É certo que as questões que afetam os 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 consolidação¹¹¹. Todavia, em contramão ao dito, estabeleceu a Corte Superior, em forçado exercício interpretativo, que sob a garantia do funcionamento saudável dos Tribunais Superiores deveria ser cerceado o direito a presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão condenatória. O que se leva a pensar: se é permitida a execução da pena, mesmo que a culpa ainda não esteja estabelecida, estaria o réu, enquanto integrante do processo penal, reduzido novamente à figura de objeto processual? Estaria à lógica garantista abandonada? E por fim, o questionamento mais relevante, o que mais pode ser relativizado por está ótica? São perguntas que só poderão ser respondidas diante do acompanhamento das futuras decisões

¹¹¹ MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso>>. Acesso em 30/08/2017.

do Supremo Tribunal Federal.

Decerto, faz-se mister destacar que também não se pode compreender a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal dissociado do contexto político-social vigente no país. Se de um lado existem as pretensões constitucionais, que visam inúmeras garantias para os indivíduos, por outro há as pretensões políticas que buscam, na maioria das vezes, outro fim, objetivos em descompasso com o direito posto. É inegável que essas também se imiscuíram no judiciário, e, conseqüentemente nos Tribunais Superiores, que orientam a jurisprudência de todo país. Até lá, parafraseando Rui Barbosa, esperamos que a força do Direito não sucumba frente o Direito da força.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ato institucional 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 30/08/2017.

BACIGALUPO, Enrique. **Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación.** Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, año XLI, 1988.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 3ª Ed, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação como ato de poder.** Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: Apreciação Dogmática e nos Instrumentos Internacionais e Constituições do Brasil e Portugal.** Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare Bonessana. **Dos delitos e das penas.** Tradução : J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003.

CAMARGO, Mônica Ovinski. **Princípio da presunção de Inocência no Brasil: O Conflito entre Punir e Libertar.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa** Anotada. 2ª Edição, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

CHIVARIO, Maria. **La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo, in Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia.** Milano: Giuffrè, 2000, v.2 - Procedura penale.

Constituição da Angola. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Brasileira de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Brasileira de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 30/08/2017

Constituição Brasileira de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Colombiana. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Política do Império do Brasil, de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Italiana. Disponível: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Mila](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Mila)

no)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição de Guiné Bissau. Disponível em:
<http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/guine_constituicao.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição de Moçambique. Disponível em:
<<http://www.portaldogoverno.gov.mz/por/Media/Files/Constituicao-da-Republica-PDF>>.
Acesso em: 30/08/2017.

Constituição Portuguesa. Disponível em:
<<http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 30/08/2017.

Constituição de São Tomé e Príncipe. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e#40>>. Acesso em: 30/08/2017.

Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1990. Disponível em:
<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem de 1950. Disponível em:
<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 30/08/2017.

CORDEIRO, Franco. **Procedura Penale.** Milano: Giuffré, 2006.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Exposição dos motivos Código de Processo penal. Disponível em:
<http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>.
Acesso em: 30/08/2017.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e mutações inconstitucionais**. Osasco, EDIFIEO, Reedição em 2015 da 1ª Edição de 1986.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Noções e Críticas. 2ª ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KECH, Iverson. **Presunção de inocência, Kant e o utilitarismo**. Revista Bonijuris, ano XXIX, nº 639, V.29, fevereiro de 2017.

KMIEC, Keenan D.. **The origin and current meanings of "judicial activism"**. California Law Review, v. 92, n. 5, p. 1446-1447, out. 2004.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 5ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: Princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso>>. Acesso em 30/08/2017.

MAIER, Julio Bustos Juan. **Derecho Procesal Penal: fundamentos**. 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996.

MORAES, José Geraldo Vinci de. **História geral e Brasil**. Volume Único. 2 ed. São Paulo: Atual, 2005. P.377-382.

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.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 11^a Ed, Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** 2^a Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal:** 19 ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Pacto Internacional Sobre Direito Cívico e Político de Nova York de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 30/08/2017.

PIETRO SANCHÍS, Luís. **La filosofía penal da la Ilustracion.** In: PECES-BARBA MATINEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG, Rafael. História de los derechos fundamentales: la filosofía de los derechos humanos. Madrid: Dykinson, 2001.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** 17 ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Gabriela Mansur; RODRIGUES, Ingrid Samara. **Direito penal do inimigo: o regime disciplinar diferenciado aplicado ao preso provisório.** Editora Juris Plenum, Anos XII, n° 71, Setembro de 2016.

TAVARES, Gilead Marchezi; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. **Atestado de exclusão com firma reconhecida: o sofrimento do presidiário brasileiro.** Psicol. Cienc. Prof.,

Brasília , v. 24, n. 2, p. 86, jun. 2004 . Disponível em:
<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30/08/2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito Processal Penal**. 7 E.D Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30^a. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

WELZEL apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3.ed.Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2007.