

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO ESTADO**

**GABRIELLE DOBBIN DE FREITAS VALLE**

**RIO DE JANEIRO**

**2019/ 1º SEMESTRE**

**GABRIELLE DOBBIN DE FREITAS VALLE**

## **A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO ESTADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dr. Alexandre Miguel França**.

**RIO DE JANEIRO**

**2019/ 1º SEMESTRE**

**GABRIELLE DOBBIN DE FREITAS VALLE**

DD632m Dobbin de Freitas Valle, Gabrielle  
A Mitigação do Princípio da Presunção de Inocência  
pelo Estado / Gabrielle Dobbin de Freitas Valle. -- Rio  
de Janeiro, 2019.  
64 f.

Orientador: Alexandre Miguel França.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Poder Punitivo do Estado. 2. Presunção de  
Inocência. 3. Direito Penal do Inimigo. I. Miguel  
França, Alexandre, orient. II. Título.

**GABRIELLE DOBBIN DE FREITAS VALLE**

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO ESTADO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Dr. Alexandre Miguel França**.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

**Orientador: Prof. Dr. Alexandre Miguel França.**

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO**  
**2019/ 1º SEMESTRE**

## AGRADECIMENTOS

Dedico esse trabalho àquela cujo apoio foi imprescindível para minhas conquistas até o momento: minha maior inspiração, minha mãe. Não tenho palavras para agradecer todo o possível e impossível que fez por nós. Exemplo diário de força e superação, você é meu maior orgulho.

André Siqueira, querido padrasto, agradeço por estar sempre presente e por cada vibração. Não menos importante, agradeço, ainda, por cada invenção gastronômica, que ajudaram não apenas para confecção do presente trabalho, mas também ao longo desses anos de graduação.

Ingrata seria se não agradecesse ao meu orientador, Alexandre Miguel França que, sempre paciente e cuidadoso, me forneceu todo apoio necessário. Em tempos sombrios como os que estamos imersos atualmente, acalenta o coração ter essa inspiração dentro e fora da sala de aula.

Não apenas, ao concluir o trabalho que marca o fim da graduação, não posso deixar de lado os melhores laços que fiz no decorrer dessa trajetória.

Às minhas amigas, não apenas Andressa Menezes, Carolina Sobrinho, Beatriz Lima, Daniela Mauad, que me acompanham desde o início, mas também as não menos importantes que entraram na jornada ao longo do tempo, Fernanda Bichara, Juliana Fayad, Luiza Valle, Danielle Fioch e Isabelle Calixto. Agradeço por tudo que vivemos no decorrer desses cinco anos de graduação. Nunca poderia imaginar tanto. Caio Henriques, obrigada por me ensinar que existem outras formas de ser livre. Amo vocês.

Luiza Amarante, Antonio Schuback e Luiza Gualberto, obrigada por permanecerem.

*"O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança".*

Rudolf Von Ihering

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é entender como e porque há uma mitigação do princípio da presunção de inocência no Brasil, legitimado pelo próprio estado. Para tanto, a primeira parte do trabalho se destina a percorrer a história do surgimento do Estado, especialmente no que se refere aos seus poderes punitivos inerentes à sua autoridade, que acabam por legitimar uma violência. Com efeito, a segunda parte do presente dedica-se a trabalhar o princípio da presunção de inocência como instrumento de limitação desse poder punitivo estatal. Assim, tendo em vista que o direito penal se mostra como um dos principais meios de permissão às arbitrariedades do próprio governo contra o cidadão, importante analisar a partir de quais influencias esse princípio foi recebido e aplicado no Direito Processual Penal brasileiro. Dessa forma, tentar esclarecer, as possíveis razões pelas quais podemos presenciar severas mitigações de tal preceito constitucional. Nessa perspectiva, conclui-se que a mitigação da presunção de inocência, por maioria das vezes, possui alvos específicos, que são delimitados a partir da ideia do direito penal do inimigo. Como se pretende mostrar ao longo da pesquisa, a criação de um personagem a ser combatido auxilia para que a supressão de direitos e garantias seja legitimada por quem assiste sem reagir, ou seja, nós, a população. Embora não sejam apenas os aparatos estatais os palcos dessas arbitrariedades, em sede de pesquisa, fica mais concreto para uma análise. Portanto, por fim, a terceira parte do trabalho busca relacionar os últimos entendimentos do Supremo Tribunal Federal acerca da presunção de inocência, bem como, analisar algumas das propostas levantadas no Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Fernando Moro.

**Palavras-chave:** Poder Punitivo do Estado; Presunção de inocência; Direito Penal do Inimigo.

## ABSTRACT

The objective of this study is to understand the reasons for a mitigation of the presumption of innocence in Brazil, legitimised by the state itself. For this purpose, the first part of the work intended to scroll through the history of the emergence of a State, especially in relation to the punitive powers of State itself, that is inherent to their authority, which eventually legitimize violence. Indeed, the second part of this study is dedicated to working on the principle of presumption of innocence as an instrument of limitation of state's punitive power. Thus, in view of the fact that the criminal law shows itself as one of the principal means of permission to the arbitrariness of the government itself against the citizen, it is important to analyze the effect of what influences this principle was received and applied on the Brazilian criminal procedural law. In this way, try to clarify the possible reasons which we witness severe mitigations of such constitutional precept. From this perspective, it can be concluded that the mitigation of the presumption of innocence, most of the times, has specific targets, which are delimited from the idea of the law of the enemy. As if it is wanted to show throughout the research, the creation of a character to be combated helps to ensure that the suppression of rights and guarantees to be legitimised by those who watch without reacting, i.e., the society. Although not only the state apparatus in the stages of arbitrariness, in a research, it becomes more concrete for a review. So, finally, the third part of the study seeks to relate the recent understandings of the Brazlizan's Federal Supreme Court about the presumption of innocence, as well as analyze some of the proposals raised in the draft Bill Anticrime from Sérgio Fernando Moro.

**Keywords:** State's punitive system; Presumption of Innocence; The Law of the Enemy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO SURGIMENTO DO ESTADO COMO AUTORIDADE SUPREMA E A POSTERIOR CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS QUE LIMITEM DE SEU PODER PUNITIVO .....</b>	<b>14</b>
<b>2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO. ....</b>	<b>22</b>
<b>2.1 O Princípio da Presunção de Inocência como Direito Fundamental de ordem     internacional .....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 Breve Percurso na História do Princípio da Presunção de Inocência no Direito     Penal Brasileiro. ....</b>	<b>28</b>
<b>2.2 O Direito Penal do Inimigo.....</b>	<b>31</b>
<b>3. ANÁLISES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA .....</b>	<b>37</b>
<b>3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal     Federal.....</b>	<b>39</b>
<b>3.1.1 Habeas Corpus 84.078 Minas         Gerais.....</b>	<b>40</b>
<b>3.1.2 Habeas Corpus 126.292 São         Paulo.....</b>	<b>45</b>
<b>3.1.3 Julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e         44.....</b>	<b>48</b>
<b>3.2 Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Fernando     Moro.....</b>	<b>52</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal abordar a mitigação do princípio da presunção de inocência protagonizada pelo por aquele que tem o dever de zelar pela sua aplicação, isto é, o Estado, razão pela qual presenciemos relativização de direitos e garantias fundamentais de suma importância para a sociedade.

Nesse sentido, é possível destacar os problemas a serem enfrentados, delimitando-os através do enfrentamento de alguns problemas. Sendo assim, o primeiro problema a ser enfrentado é o seguinte: qual fundamento para a necessidade de se ter o Estado como agente garantidor de direitos e garantias individuais? Qual a relação do Direito Penal e do Processo Penal nessa perspectiva de poder punitivo estatal? Como surge o princípio da presunção de inocência sob uma perspectiva de limitação desse poder punitivo? Nos dias atuais, o referido princípio é aplicado como fora idealizado? Como ocorre a mitigação por parte do Estado?

Em relação às hipóteses para as prospectivas respostas dos problemas formulados, registra-se a necessidade de se analisar, historicamente, o surgimento do Estado, o surgimento do Princípio da Presunção de Inocência, o Direito Penal e Processual Penal ao longo da história, Direito Penal do Inimigo e aplicação na prática.

Isto posto, o estudo tem como finalidade, não oferecer soluções para a adequação do princípio na realidade brasileira, mas, tão somente, trazer à tona uma discussão nada contingente frente aos abusos que propõe o Estado frente às essas questões.

Antes de compreender as críticas à mitigação do princípio da presunção de inocência, interessante esclarecer, especialmente o Direito Penal e Processual Penal na construção do corpo social. Para isso, válido trazer algumas considerações do filósofo inglês Thomas Hobbes.

Bem como John Locke e Jean-Jacques Rousseau, Hobbes defendia uma teoria contratualista de Estado – acreditavam na formação do Estado a partir de um contrato social. Dalmo Dallari<sup>1</sup>, analisando a obra “O Leviatã” aponta que, para Hobbes, o indivíduo em seu estado de natureza é essencialmente egoístico, de forma que não é natural, tampouco harmônica, a convivência com os demais.

Explica, ainda, que o “Estado de natureza” é o cenário de desordem e caos que se instala sempre que os indivíduos não têm suas ações balizadas ou reprimidas, seja pela voz da razão, seja pela presença de instituições políticas eficientes.

Cientes de que o estado de natureza é essencialmente perigoso, os indivíduos acordam o “contrato social”, instrumento para a transferência coletiva e parcial de liberdades individuais para o Estado, a fim de que este garanta a segurança do grupo.

A partir da vida em sociedade no seio de um Estado, passa a ser imperiosa a existência de regras capazes de solucionar as naturais desavenças que a convivência provoca. Em linhas gerais, essas regras compõem o que se entende pela acepção objetiva de Direito, qual seja, instrumento apto a solucionar conflitos, evitando reações privadas difusas, próprias do estado de natureza.

Dessa forma, depreende-se que o Direito tem seu fim e fundamento na sociedade. Inspirado pelo brocardo latino “*ubi societas, ibi jus*” Miguel Reale<sup>2</sup> expõe em sua obra “Introdução ao Estudo do Direito” que o Direito é “fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. Isso porque é o Direito, como um conjunto de normas voltadas ao estabelecimento de limites à ação singular de cada membro do corpo

---

<sup>1</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo. Eitora. Saraiva 2016, pp. 25-26.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 27ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2002, p. 16.

social, dotado de força cogente, portanto, obrigatório e responsável por garantir a convivência social.

Nesse mesmo sentido expõe Gustavo Filipe Barbosa<sup>3</sup>: “A norma jurídica, assim, é elemento integrante do Direito, podendo ser entendida como disposição que rege a vida em sociedade”. O mister do Direito é, portanto, ordenar a sociedade, de forma a organizá-la e a garantir a harmonia de seus membros. Ocorre que, embora haja um ordenamento jurídico determinando os limites da liberdade individual e cominando sanções na hipótese de descumprimento, fato é que os homens cometem crimes.

Seguindo Émile Durkheim<sup>4</sup>, o crime consiste em um ato ofensivo aos estados fortes e definidos da consciência coletiva. Nessa esteira, conduta criminosa ofende a ordem jurídica, distanciando-se do ideal social de harmonia. Por isso, o Direito Penal preocupa-se em solucionar conflitos atentatórios à harmonia de uma comunidade.

Ainda no que concerne à criminalidade, interessante assinalar que, para o autor, o crime não se observa na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos<sup>5</sup>. Dessa forma, lidar com a criminalidade não é uma escolha de Estado é, de fato, uma necessidade.

Nesse sentido, já sob a ótica do ordenamento jurídico atual, quando corporificada a notícia de um delito, o Estado deve exercer seu poder de controle, com vistas a apurar os fatos e responsabilizar o culpado, como sugere Alberto José Tavares Vieira da Silva<sup>6</sup>. A apuração

---

<sup>3</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito. Teoria Geral do Direito**. 3 ed. São Paulo. Ed. Método. 2015, p. 15.

<sup>4</sup> DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 3 ed. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2007, p. 54.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>6</sup> DA SILVA, Alberto José Tavares Vieira. **Investigação Criminal: Competência**. 1 ed. São Luís. Ed. Lithograf. 2007, p 11.

de fatos e responsabilização do agente é o que se entende pela *persecutio criminis*, poder-dever que detém o Estado.

André Nicolitt<sup>7</sup> aponta que, praticado um fato definido como infração penal, surge para o Estado o *jus puniendi*, que só pode ser concretizado por meio do devido processo legal. Entende que, para que seja possível o exercício do *jus puniendi*, deve o Estado saber quem é o possível autor da infração penal e submetê-lo, ato contínuo, a um processo. Assim, demonstra que a persecução criminal é atividade que se desdobra em dois momentos: a investigação criminal preliminar, etapa destinada à apuração da autoria e da materialidade do fato criminoso e a ação penal, que é, propriamente, a fase processual.

Trata-se a investigação criminal de um procedimento administrativo voltado à apuração da autoria e da materialidade da infração penal, que, na maioria dos casos, é desempenhada pela polícia judiciária, por meio do inquérito policial. Presta-se o inquérito, com espeque no art. 4º, CPP e 144, §§1º, IV e 4º da Constituição Federal, a apurar o cometimento de infração penal, visando à reunião de elementos de prova acerca da autoria e da materialidade do fato, a fim de instruir a ação penal e viabilizar a responsabilização do agente criminoso. É, portanto, a fase pré-processual da persecução penal<sup>8</sup>.

Por sua vez, trata-se a ação penal propriamente dita de procedimento judicial instruído com indícios de autoria e da materialidade do fato, desenvolvido em contraditório e ampla defesa, que tem por finalidade a responsabilização do ofensor pela prática criminosa.

A relevância do assunto se constitui por ser um tema atual e de suma importância, haja vista que possui forte divergência na doutrina e na jurisprudência. Tal embate nasce por meio da alegação de impacto sobre a proteção a direitos fundamentais em âmbito penal e

---

<sup>7</sup> NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro. Elsevier. 2012, p. 79.

<sup>8</sup> DE OLIVEIRA, Eugenio Pacielli. **Curso de Processo Penal**. 17 Ed. São Paulo. Atlas. 2013, p. 56.

processual penal. Além disso, a importância do tema se renova com a crise do sistema penitenciário brasileiro.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar, brevemente, o percurso histórico para construção argumentativa de um sistema processual penal que enxergue e faça valer a presunção de inocência, bem como a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a jurisprudência da Corte mudou por algumas vezes, no sentido de retroagir em seu entendimento e reduzir a efetividade de um direito fundamental.

## 1. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DO SURGIMENTO DO ESTADO COMO AUTORIDADE SUPREMA E A POSTERIOR CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS QUE LIMITEM DE SEU PODER PUNITIVO

Neste capítulo preliminar, pretende-se analisar o surgimento do Estado como autoridade suprema para, em seguida, tratar dos instrumentos que viabilizam a limitação de seu poder punitivo. Apesar de não existir um conceito delimitado universal de Estado, tratar-se-á as formas de organização sob uma perspectiva de uma “violência legítima”<sup>9</sup>, bem como de instrumento garantidor e motor de uma organização política.

Segundo os ensinamentos de Mônica Ovinski de Camargo, um poder soberanamente constituído coloca-se acima dos interesses particulares e conflitantes em troca de paz e suposta estabilidade. Perante uma realidade de guerra presenciada na Roma Antiga, a barganha se mostra interessante, uma vez vulneráveis às invasões exteriores, poderiam colocar em xeque as estruturas internas de poder. Assim, se aceita que tenha um poder supremo que irá garantir certas proteções que lhes são atraentes.

Contudo, essa estrutura posta a partir da concentração do poder em um único líder levou ao monarca, representante do Estado, absorver quase que totalmente o corpo político<sup>10</sup>, o que influencia na distinção dos campos do direito público e privado. Além disso, permitiu que o Estado tomasse definitivamente o monopólio da utilização legítima da força.

---

<sup>9</sup> WEBER, Max. BOBBIO, Noberto, et al. **Dicionário de Política**. Coord. da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 426.

<sup>10</sup> “A referida fusão entre rei e a nação francesa, por exemplo, levou teóricos do século XV a considerar que o rei era o reino, o que permitiu Luís XI (1423 – 1483) afirmar ‘eu sou a França’. E, posteriormente, no auge do Absolutismo, Luís XIV proclamar: ‘O Estado sou eu’.”. (JÚNIOR, Hilário Franco. **A idade Média, Nascimento do Ocidente**. 2ª Ed. São Paulo. Editora Brasiliense, 2001, p. 80.)

Tomando por base a divisão histórica de Rogério Lauria Tucci<sup>11</sup> em quatro fases do Direito Romano, far-se-á uma análise histórica das evoluções dos procedimentos penais no decorrer da história romana, ressaltando, desde já, que não se deu de forma clara e exata, com ruptura imediata do sistema no momento em que surgiu outro.

No período Régio, a estreita relação entre a igreja e o direito caracterizava a definição e punição dos crimes, cujo objetivo era purificar a cidade para além de punir infratores, vistos como pecador ou traidor. Pode-se definir essa fase a partir do poder de império notadamente desmedido e arbitrário. O processo penal quase não existia como um conjunto de regras e procedimentos a serem seguidos, imperando o amplo poder discricionário dos magistrados<sup>12</sup> que, por sua vez, permitiam o exercício do direito a defesa até onde entendessem conveniente.

Devido à consolidação de instituições republicanas, dá-se lugar ao Período da República, em razão de transformações político-sociais naturais e conseqüente perda de força da figura do monarca. A partir de então, surge uma pretensão de limitação de poder dos governantes. A edição da Lei das Dez Tábuas buscava o reconhecimento das garantias da civilização romana frente ao Estado. Assim, tinha-se uma fase instrutória composta pelo exercício do direito a defesa, pessoalmente ou por terceiros, bem como produção de provas para, em seguida, ser proferida sentença, irrecorrível, a partir de um sistema de votação, que dispensava motivação fundamentada.

Apesar dos avanços em direção a uma aparente humanização do sistema processual penal, o Período Imperial caracteriza um retrocesso, uma vez que esse sistema processual se mostrava

---

<sup>11</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, cap. V. São os períodos: Período Régio; Período da República; Período do Principado (ou Alto Império); e Período da Monarquia Absoluta (ou Baixo Império ou Dominato).

<sup>12</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para decisão judicial**. Rio de Janeiro, 2010: Editora Lumen Juris, p. 26.

ineficiente aos anseios de um poder, novamente, centralizador. O período em questão resgata o sistema autoritário voltado á figura do soberano como fonte de todo poder. O crescimento da desigualdade social durante a República, bem como a crescente sensação de impunidade permite o surgimento do Príncipe como solução, legitimado pelo apoio popular às mudanças em direção a forma estatal do Império.

Durante a Monarquia Absoluta, aos poucos, foram sendo inseridos princípios que buscavam contornar as condenações excessivas, bem como reduzir as penas aplicadas. As sentenças, então, passaram a ser escritas; fundamentadas, com exposição das razões fático-jurídicas que a calçam; e, por fim, com a aplicação da pena a partir de uma dosagem levando em consideração características do crime<sup>13</sup>.

Repara-se que ainda que se trate de um sistema cuja principal característica resume na presunção de culpa, as mudanças fáticas e sociais exigiram a inserção de valores que auxiliassem a dirimir os danos causados pela lógica perversa do sistema penal. Possibilitando, assim, sentenças ao menos um pouco mais justas.

Contudo, ainda não há o que se falar em presunção de inocência em todo o período histórico contemplado até o momento e os que se seguem. A próxima fase a ser analisada, a Inquisição, caracterizada por um viés punitivo baseado no direito penal do inimigo, prevalecendo a presunção de culpa durante toda sua vigência.

Como já constatado em períodos anteriores, aqui, o processo penal serve de instrumento não apenas para controle da criminalidade, mas também para controle social. Assim, além de o

---

<sup>13</sup> TUCCI, José Rogério Cruz; e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 146-148

poder central determinar o que era crime, decidia quem havia praticado, bem como a pena a ser aplicada e com isso atingir seus objetivos políticos e religiosos.

Tendo em vista que ao passar do tempo a Igreja passou a ser responsável pelos julgamentos, a culpa passou a ser presumida, sobretudo contra *hereses*, portador do pecado por natureza. Assim, antes mesmo de o processo chegar ao fim, possível era antever o resultado condenatório, já que os procedimentos estavam contaminados.

Interessante ressaltar que diferentemente do que se entende hoje por *in dubio pro réu*, que a dúvida resume na absolvição, na Inquisição, a dúvida do inquisitor resolvia por uma condenação com a pena menor. Sendo a presunção de culpa intrínseca, então, a relação ficava entre a prova, culpabilidade e a pena. Quanto maior culpabilidade, demonstrada por meio de provas plenas, maior seria a pena. Contudo, quando o grau de certeza da prova produzida ficava a desejar, a pena seria reduzida, uma vez menor demonstração de culpabilidade.<sup>14</sup>

Nesse mesmo viés, Michel Foucault elucida em sua obra<sup>15</sup> como as formas de resolução de conflitos podem ser vistas como instrumento de concentração do poder pelo Estado. Na civilização Grega, uma dessas arcaicas formas de regulamento judiciário consistia na inexistência de elementos como juiz, sentença, inquérito ou testemunhos. Sendo assim, a verdade pouco importava, uma vez que se confiava o encargo de decidir quem tinha razão no caso concreto. Outra forma que se impunha contava com testemunhas do acusado (em regra, parentes) que estabeleciam sua inocência através de um juramento baseado na importância social do indivíduo.

---

<sup>14</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Coord. Da Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 53 – 102.

A ação penal no Direito Germânico era caracterizada por um duelo entre famílias, grupos ou indivíduos. Ou seja, o processo era apenas uma continuação regulamentada, ritualizada da guerra. Um movimento revolucionário, com lutas e contestações políticas, resultou no povo conseguir se apoderar do direito de dizer a verdade, bem como a opor aos seus senhores.

Em paralelo às diversas opressões estatais, surgiu a burguesia, massa populacional detentora de poder econômico que respondeu às intolerâncias político-religiosas dos detentores de poder. Assim, ao passar do tempo, foi possível a penetração dessa classe social em ascensão nas esferas de poder.

Nessa perspectiva, surgiram os Iluministas, refutando, principalmente, o *satus quo* político, social, econômico e, por conseguinte, jurídico. Se concentraram, primeiramente em estabelecer novas bases político-filosóficas para sociedade e, posteriormente, na construção de novo sistema processual penal.

Dessa forma, o indivíduo passou a ser o centro enquanto o povo, detentor de todo poder. Portanto, o Estado deveria agir em favor daquele que lhe confere a autoridade. Surge a idéia do contrato social, por meio do qual o Estado surge não através de um poder bélico, divino ou hereditário, mas da vontade dos indivíduos que, por sua vez, abrem mão de sua liberdade em prol de uma vida estável.

Sendo o sistema penal o principal meio de violências estatais contra o indivíduo, este passou a ser tratado como última instância de atuação estatal na esfera de liberdade do cidadão. Portanto, a lei somente poderia prever a punição de condutas comissivas objetivas e danosas a sociedade, em detrimento das punições por convicções religiosas.

Assim, a partir de então, pode-se começar a pensar no surgimento de um inquérito, com investigações como forma de produção da verdade para que seja oposta ao poder. Em outras

palavras, surge a ideia de certo limite a um poder que antes era absoluto, uma vez que o procedimento, que visa apuração da verdade através da produção de provas, se coloca como uma garantia ao cidadão contra o árbitro do estado.

Diante essas revoltas que culminaram em mudanças significativas ao direito penal e ao processo penal, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Promulgada quatro anos após sua edição, destinada a fixar preceitos fundamentais ao cidadão, positivou, pela primeira vez na história, em seu vernáculo 9º, a concepção de presunção de inocência:

“9. Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo, deverá ser severamente reprimido pela lei”

Acerca do tema, Aury Lopes Jr.<sup>16</sup>, em referência à Vegas Torres, aponta três principais manifestações, integradas, acerca da presunção de inocência a partir estudo constitucional e do artigo 9º da Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789.

Segundo o autor, a primeira delas consiste no fato de ser um principio fundamental à construção do processo penal liberal, estabelecendo garantias ao imputado, em face ao poder punitivo estatal. Em seguida, caracteriza como postulado diretamente relacionado às regras de tratamento do imputado antes e durante o processo penal, reduzindo, assim, medidas que possam restringir seus direitos. Por fim, toma a presunção de inocência como uma regra relacionada ao juízo do fato penal que a sentença penal faz, exigindo prova completa de culpabilidade para condenação.

---

<sup>16</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94-97.

Longe de exaurir todas as características dos primeiros aparatos jurisdicionais, deve-se ter em mente que, por tudo que foi exposto, bastou a influenciar as modificações do poder político que ensejou no Estado Moderno. A centralização da justiça pelo Estado permitiu o monopólio da violência punitiva. Nesse sentido, da tensão entre punir e libertar surge o princípio da presunção de inocência, proveniente da opção política de proteger a liberdade individual, em face ao poder punitivo do Estado.

Os limites do poder punitivo do estado em face aos direitos fundamentais. Como visto, o objetivo da declaração de direitos foi justamente a limitação do poder absoluto e a conseqüente redução das arbitrariedades do rei. Assim, o clamor social, na época, pairava em torno do sepultamento do absolutismo. Com as revoluções liberais, esperava-se um constitucionalismo que concretizasse direitos fundamentais.

Conforme se quis demonstrar, no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser entendido como limite do poder punitivo do Estado. Não obstante, como instrumento jurídico de combate à criminalidade, uma vez que pretende proteger o indivíduo de uma contenção estatal desproporcional e desmedida<sup>17</sup>.

Dessa forma, o próprio Estado desenvolveu mecanismos para que pudesse administrar esse poder de violência que possui. No Brasil, a Constituição Federal, a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, determina diretrizes ao exercício do poder punitivo. Apoiado a isso, diversos outros princípios desempenham esse importante papel social. Dentre ele, o princípio da presunção de inocência que será analisado a seguir.

---

<sup>17</sup> BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e recursos criminais expressionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDF, 2015, p. 21.



## 2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO DO ESTADO.

Em um modelo ideal de devido exercício do Princípio Presunção de Inocência, idealizado pelos iluministas, como já exposto no capítulo anterior, o eventual acusado deve ser tomado por inocente até que título penal condenatório irrecorrível determine pelo contrário. Assim, não há o que se falar presumir inocência do imputado, uma vez que esse status já lhe pertence por natureza. Nesse sentido, leciona Alberto Bovino:

“[...] Segundo este princípio, toda pessoa deve ser considerada inocente até que se tenha um pronunciamento de uma sentença condenatória definitiva que destrua o estado jurídico de inocência que o ordenamento legal reconhece à todos os seres humanos.” (Tradução livre)<sup>18</sup>

A respeito do tema, em igual sentido dispõe Luigi Ferrajoli. Senão vejamos:

“Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena. Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não há culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a *presunção de inocência* do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.”<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> “Según este principio, toda persona debe ser considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia que el ordenamiento legal reconoce a todos los seres humanos” (Bovino, Alberto. **Contra la inocencia. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, v. 17, n. 23, p. 16, nov. 2005).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

Sendo assim, infere-se que o estado de inocência é a regra diante de um direito processual penal garantista. Portanto, esta é a lógica que deve reger toda fase judicial até sentença transitada em julgado, por sua vez, capaz de desconstituir tal condição.

Ressalta-se, por oportuno, que o referido tratamento não deve ser condicionado à gravidade e natureza da infração penal eventualmente praticada. Assim, o princípio da presunção de inocência deve ser garantido, em sua integralidade, bem como garantidas suas prerrogativas, a todos quando da persecução penal. Nesse mesmo sentido sintetiza Aduino Suannes:

“[...] nada justifica que alguém, simplesmente pela hediondez do fato que se lhe imputa, deixe de merecer o tratamento que sua dignidade de pessoa humana exige. Nem mesmo sua condenação definitiva o excluirá do rol dos seres humanos, ainda que em termos práticos isso nem sempre se mostre assim. Qualquer distinção, portanto, que se pretenda fazer em razão da natureza do crime imputado a alguém inocente contraria o princípio da isonomia, pois a Constituição Federal não distingue entre mais-inocente e menos-inocente. O que deve contar não é o interesse da sociedade, que tem na Constituição Federal, que prioriza o ser humano, o devido tratamento, mas o respeito à dignidade do ser humano, qualquer que seja o crime que lhe é imputado.”<sup>20</sup>

Diante da breve exposição acerca do tema, o presente trabalho pretende, a seguir, analisar a história internacional e posterior positivação no ordenamento jurídico brasileiro do Princípio da Presunção de Inocência para entender as razões para sua mitigação no Estado moderno.

## **2.1 O Princípio da Presunção de Inocência como Direito Fundamental de ordem internacional**

---

<sup>20</sup> SUANNES, Aduino. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 232, diz que a Constituição "não distingue entre mais-inocente e menos inocente".

Como exposto anteriormente, os ideais Iluministas da Revolução Francesa, partindo da premissa de que o Estado deve atuar na proteção e promoção da igualdade entre os indivíduos, o processo penal não mais se constituía como uma arma do Autoritarismo. O espírito revolucionário almejava o rompimento com toda a ordem estabelecida até então.

Com a inserção da Presunção de inocência nas discussões processuais, os iluministas atingiram seu objetivo inicial, qual seja, a desestabilização do *status quo* político institucionalizado na época. Buscava-se, portanto, proteção ética e jurídica aos indivíduos submetidos às ordens dos aparatos estatais.

No entanto, como qualquer proposta de ruptura que tenda a reduzir poder concentrado nas mãos de poucos privilegiados, encontra resistência às suas implementações. Nesse sentido, algumas novas correntes juspolíticas atravessaram severas críticas às mudanças propostas, razão pela qual atrapalhou a conscientização política e social cultural acerca da concretização da presunção de inocência<sup>21</sup>.

As principais linhas argumentativas à rejeição da presunção de inocência defendiam um sistema penal rigoroso e, assim, criaram um sistema penal misto que serviu de parâmetro aos códigos de processo penal que culminaram, inclusive, em influências a nossa legislação atual. A Escola Positiva, diante da expansão científica, tinha como marca da delinquência, não mais a heresia, mas o perfil biopsicológico do indivíduo. Acreditava-se que o crime residia na genética do imputado e, portanto, o homem seria a causa do crime.

Assim, o processo penal, mais uma vez na história, não mais será visto como instrumento de proteção às arbitrariedades, mas volta a ser o principal meio para sua prática, se sobrepondo as

---

<sup>21</sup> J.J. ROUSSEAU, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, tradução de Maria Armantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 122/123.

garantias processuais. Passou-se a realizar, como métodos de pesquisa empíricos sobre realidade criminal, com objetivo de reprimir a criminalidade e determinar um comportamento social.<sup>22</sup> Nem precisaria ressaltar, que essas análises eram destinadas à parcela específica da população.

Em verdade, o que os positivistas fazem é retornar ao processo penal da Inquisição, substituindo a causa da criminalidade. Enquanto na fase pré-iluminista o criminoso padecia de doença da alma, devido ao pecado original, agora, o crime revela um desvio da personalidade do indivíduo. Essa tendência de tratar o problema criminal à pessoa do delinqüente culminou na transformação das questões de violência em caso de saúde física ou psicológica. Além disso, negava-se a presunção de inocência, uma vez que a potencial criminalidade estaria no íntimo dos indivíduos.

Surgiu, então, a Escola Técnico-Jurídica, ainda considerando maior o interesse de punir em detrimento da liberdade individual, mas com contrapostos à escola que lhe antecederia. A começar pela preferência em afastar o crime da medicina ou sociologia, preferindo tratá-lo como objeto das ciências criminais. Idealizada no seio do fascismo italiano, se apresentavam como ciência jurídica neutra, para conceder ao legislador os aparatos necessários ao livre exercício de seu árbitro poder. Além disso, pretendiam desqualificar os preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade da Escola Clássica, iluminista.

Nesse viés, as palavras de Vincenzo Manzini ajudam a entender o panorama. Explica que a análise jurisdicional no processo penal prioriza a verificação se o acusado é culpado e, caso não seja, poderá prevalecer sua liberdade. Afinal, ainda, à luz das explicações do autor, seria uma falha proferir inocência do acusado, uma vez que a falta de provas de sua culpa não significaria necessariamente sua inocência, mas talvez por meros lapsos procedimentais.

---

<sup>22</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Portanto, não se fala em uma presunção de inocência, mas uma eventual presunção pela não culpabilidade do imputado. A declaração de inocência só poderia acontecer após a convicta certeza de que o indivíduo era inocente, sob pena de cometer grave equívoco de absolvição de criminoso, mesmo que as provas para essa condição fosse mais difícil do que a própria inocência.

Assim, diante o exposto, conclui-se que a associação entre a doutrina positivista e o tecnicismo jurídico nazifascista, considerou a presunção de inocência como um absurdo jurídico, rejeitando-a na seara do processo penal. Foi esse sistema que foi fundamental na elaboração das legislações brasileiras conforme será aprofundado a seguir.

Após a 2ª Guerra Mundial, que gerou perdas imensuráveis à todos os seres vivos do globo, foi possível verificar uma afirmação internacional de Direitos Humanos através de tratados, convenções e organismos supranacionais para garantir uma convivência pacífica entre todos os povos<sup>23</sup>. Sendo assim, além de uma abrangência universal, preocuparam-se, sobretudo, na criação de direitos essenciais para todo ser humano<sup>24</sup>.

Nesse contexto foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), concebida com o objetivo de garantir a paz entre nações em detrimento do clima bélico, garantindo preservar as gerações futuras dos flagelos da guerra, bem como reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> CENZANO, José Carlos de Bartolomé. **Derechos fundamentales y libertades públicas**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 43/44.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

<sup>25</sup> Preâmbulo da Carta das Nações Unidas – documento de fundação da Organização – Disponível em < <https://nacoesunidas.org/conheca/>> Acesso em 12.06.2019.

Assim, surgia um órgão regulador dos Estados que iria atuar de fora para dentro do território a fim de evitar, até onde fosse possível, surgimento de Estados totalitários, uma vez que exercia certo controle de abusos e perseguições a cidadãos. Sobre esse aspecto, Norberto Bobbio leciona:

“Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele estado, mas do mundo”<sup>26</sup>

Foi nesse contexto humanitário que houve a ratificação do Princípio da Presunção de Inocência por meio da elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>27</sup>. Assim, a presunção de inocência foi elevada ao status de direito essencial da universalidade humana. Não obstante, os Estados-membros deveriam seguir tal preceito também em suas regulamentações internas.

Dessa maneira, os Estados passaram a ter o dever de respeitar preceitos humanos universais e tê-los como fonte para direito interno. Caso contrário, poderiam ter prejudicadas suas relações político-econômicas internacionais que lhe eram caras nessa fase da história de início de uma globalização. Interessante ressaltar, contudo, que a força normativa que cada nação auferia às novas normas de direitos humanos internacional dentro de sua estrutura normativa era discricionário e cabia à soberania de cada Estado estabelecer livremente.

---

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

<sup>27</sup> Art. XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

Destarte, superada a positivação dos direitos humanos, a preocupação mor passou a ser garantir sua efetiva aplicação. Assim, o Brasil propôs à comunidade internacional criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que só entrou em vigor em 1978, quando o país estava sob o regime da Ditadura Militar. Frisa-se que a adesão da nação verde e amarela ocorreu apenas em 1992, após a edição da CRFB/88 que, por sua vez, incorporou de grande parte o rol de direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).

## **2.2 Breve Percurso na História do Princípio da Presunção de Inocência no Direito Penal Brasileiro.**

Positivado no ordenamento jurídico brasileiro, o estado de inocência não apenas foi constituído como princípio constitucional, como também foi elevado à condição de cláusula pétrea, uma vez previsto na Constituição Federal de 1988, no Título II, dos direitos e das garantias fundamentais, inciso LVII do artigo 5º<sup>28</sup>. Sobre essa supremacia constitucional e a relação com Direito Penal, Eugênio Raúl Zaffaroni reforça:

“A relação do direito penal com o direito constitucional de ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

Tendo em vista sua força suprema, o referido Princípio deveria ser o ponto de partida para qualquer ato dentro do sistema jurídico e observado por todas as instituições do Estado. Contudo, embora seja amplamente discutido pela Doutrina e, de certa forma, constatado na Jurisprudência brasileira, a presunção de inocência não vingou da forma desejada<sup>30</sup>. As razões para tal realidade tanto na fase pós-iluminista como na atualidade nacional pós-constituente serão objeto das linhas a seguir.

O primeiro grande passo, sem dúvidas, partiu da inovadora e revolucionária conquista do Iluminismo Francês para que, pela primeira vez, houvesse previsão legal para tratamento do imputado como inocente até demonstração de culpa. No entanto, sobretudo no que se refere a transformações ideológicas, a mera positividade é incapaz, por si só, de garantir sua eficácia. Ou seja, carece de germinação cultural para que, inclusive, os próprios operadores do direito possam aplicá-las.

Todavia, essencial refletir acerca da realidade brasileira, bem como o momento político e afinidades ou influências ideológicas durante o ano de 1941 em que o primeiro Código de Processo Penal fora elaborado. Adianta-se, não havia qualquer menção à presunção de inocência, que só veio a ser positivada em 1988 na Constituição Cidadã, se limitando a pincelar sobre princípios do “in dubio pro réu”. O que, inevitavelmente, reflete até os dias atuais.

A ordem constitucional vigente quando da elaboração do primeiro CPP era a da Constituição Polaca de 1937, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas. Significa, portanto, que se fala na ditadura do Estado Novo, cuja uma das principais características era concentração dos

---

<sup>30</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para Elaboração Legislativa e para Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

poderes executivo e legislativo na mão do Presidente. Nessa perspectiva, não tinha como ser diferente as influências no âmbito penal brasileiro.

A verdade consiste no fato de que, se o Código de Processo Penal vigente, embora com relevantes modificações, teve sua estrutura e dimensão juspolítica ordenadas em um regime autoritário que se aproximava aos ideais fascistas internacionais, aquele está fadado em seu alicerce a tratar da concepção de presunção de culpa em detrimento à de inocência e, igualmente, na abordagem de um inimigo a ser combatido.

Sendo assim, tendo em vista que o Código de Processo Penal ainda possui viés punitivista e, como já demonstrado, possui enraizado em sua estrutura a negação à presunção de inocência<sup>31</sup>, possível dizer que as interferências do Princípio da Presunção de Inocência no direito penal brasileiro são provenientes dos esforços jurisprudenciais e doutrinário para garantir a efetividade da Constituição frente ao cotidiano forense.

Ocorre que, o poder jurídico sempre será limitado e, ainda que a programação doutrinária da jurisprudência seja de extrema relevância ao Direito Penal, não possui, por si só, capacidade para uma mudança sócio-cultural na sociedade capaz de conter completamente o poder punitivo do Estado. Assim, essa radical transformação para conter o poder punitivo jamais poderia ser atribuição do direito penal que, por sua vez, não pode fazer nada além de proporcionar passagem do poder punitivo menos irracional.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para Elaboração Legislativa e para Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

Assim, partindo da premissa de que o inimigo não é um combatente regular e, portanto, confunde-se com a população civil, quando o Direito penal se abstém dessa sua função de limitador do poder punitivo, acaba por legitimar o tratamento de algumas pessoas como inimigos.

## 2.2 O Direito Penal do Inimigo.

Não obstante o conceito de inimigo tenha emergido para o planeta apenas no século XX, inegável sua presença perene na história desde as sociedades mais primitivas. O conceito caracteriza os indivíduos que, privados da condição de cidadão, recebem tratamento diferenciado das instituições públicas incluindo, sobretudo, o direito penal. Essa diferença de tratamento é legitimada pela periculosidade que tais indivíduos supostamente apresentam, bem como a ameaça que representam à ordem social e manutenção de poder. Na perspectiva de um dos principais percussores do tema, Günther Jakobs:

“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 periculosidade.”<sup>33</sup>

Nessa perspectiva, perceptível uma tendência à punição desses inimigos por antecipação, com aplicação de penas desproporcionais à lesão ao bem jurídico tutelado, bem como relativização às garantias processuais desses indivíduos. Ainda nas palavras de Günther Jakobs:

“não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da

---

<sup>33</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36.

preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos.”<sup>34</sup>

Assim, a punição deixa de ocorrer devido conduta criminosa, dando lugar a uma repressão ao que essa parcela da sociedade representa. Dessa forma, remete-se às estruturas autoritárias, com uma clara ruptura dos axiomas de um direito penal baseado na culpabilidade do agente, possibilitando um controle das autoridades públicas sobre esses sujeitos perigosos.

Eugenio Raúl Zaffaroni defende que a construção de inimigo é característico do Estado Absolutista, uma vez que a partir de violações de direitos e garantias, abrange o poder punitivo do Estado<sup>35</sup>. Para o autor, as figuras de inimigo, ao longo da história, são selecionadas pelos núcleos de poder da sociedade, como instrumento para garantir a permanência de *status quo*. Assim, o fazem a partir da propagação de discursos de instabilidade e insegurança.

Ao analisar a incidência do direito penal do inimigo no Brasil, percebe-se que as desigualdades sociais já assimiladas e neutralizadas pela sociedade permite não apenas a manifestação dos mecanismos de controle, como permitem que seja de forma natural. O discurso de medo altamente disseminado, invocando, inclusive, o terrorismo, qualifica determinados indivíduos como perigosos que devem ser contidos e combatidos, quando não aniquilados.

Dessa forma, as arbitrariedades e excessos ocorrem em face de determinados grupos estabelecidos historicamente. Não ao acaso, o estereótipo do criminoso brasileiro associa-se à

---

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 34.

<sup>35</sup> ”O verdadeiro inimigo do direito penal é o Estado de Polícia, que por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo” (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 175.)

pobreza, àqueles que excluídos da vida política e econômica, ameaçam a ordem hierárquica estabelecida. Trata-se de um país cuja história escravocrata perdurou mais de trezentos anos.

Com o passar do tempo, foram criados mecanismos de repressão a movimentos de resistência, uma vez que as possíveis retaliações podiam eclodir a qualquer momento devido às precárias condições de vida a que eram submetidos os negros, índios, mestiços. Vera Malaguti elucidada:

“A sociedade imperial escravocrata brasileira, rígida e hierarquizada como a colonial, precisava também de um medo desproporcional à realidade para manter violentas políticas de controle sobre aqueles setores que estavam potencialmente a ponto de rebelar-se e implantar “a desordem e o caos”, tamanha a escala de opressão em que se encontravam.”

O conceito de classes perigosas surgiu no período imperial, atribuído aos pobres, durante operações para eliminar habitações populares e epidemias na Corte, uma vez que se acreditava serem propagadoras de doenças. Ratificou esse pensamento as teorias do Darwinismo Social, provenientes da deturpação da obra “A Origem das Espécies” de Charles Darwin e, com isso, reforçou a marginalização já existente da população negra.

Hoje, na realidade brasileira atual, a lógica de criminalização da pobre se perpetua, embora os discursos higienistas estejam mascarados. Com a Ditadura Militar, observou-se fortalecimento do poder punitivo e, mesmo após a redemocratização, permanecem as práticas violentas combinadas com o extermínio de populações excluídas. Conforme se verifica nas palavras de João Ricardo Dornelles:

“Em grande parte, este aparato repressivo e as práticas terroristas utilizadas pelo regime militar continuaram, após 1985, nas ações policiais contra as populações mais pobres (...) no Brasil, a volta à institucionalidade democrática, em meados dos anos 1980 não significou uma diminuição significativa nas violações sistemáticas e massivas de direitos

humanos. Ao contrário, o que se verificou foi um aumento significativo dos casos de violações, principalmente atingindo os contingentes mais pobres da população”.<sup>36</sup>

Sendo assim, devido ao caráter conservador-ideológico do sistema de governo operante nesse estado de exceção, a figura do inimigo recai sobre comunistas e pessoas cuja ideologia fosse tendencialmente às políticas de esquerda. Na prática, os excessos, justificados pelo combate àqueles que impedem o progresso, atinge todos que, de alguma forma, não concordam com o governo.

Após a redemocratização, conforme, já elucidado, precisava-se de novo inimigo como justificativa para mitigação de garantias individuais. Surge, portanto, a guerra contra as drogas, que assola o país desde então. O rótulo de periculosidade que antes recaia sobre a figura do comunista passa a ser ostentado pelo traficante de drogas:

“O “traficante”, a partir dos anos 80, passa a ser utilizado como termo estigmatizante capaz de reduzir a compreensão acerca de um indivíduo. Se nos anos 70 o “comunista” era o responsável por “degustar criancinhas” em nosso país, hoje o “traficante” é responsável até por estimular o surgimento de favelas.”<sup>37</sup>

Nessa perspectiva, cada vez mais a sociedade reproduz a associação de criminoso ao pobre, preto e favelado. A proximidade entre crime e pobreza resultou nas políticas de segurança pública priorizar a vigilância e controle sobre essa parcela populacional. Não surpreende que hoje, em muitas comunidades, o Estado não chega, senão para repressão policial.

---

<sup>36</sup> DORNELLES, João Ricardo. Direitos Humanos, violência e barbárie no Brasil: uma ponte entre o passado e o presente In: Bethania Assy; Carolina Campos Melo; João Ricardo W. Dornelles; José Maria Gómez. (Org.). **Direitos Humanos, Justiça, Verdade e Memória**. 1ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012.

<sup>37</sup> ZACCONE, Orlando. **Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.58.

Importante, ressaltar, ainda, que a difusão desses discursos de emergência que autorizam as políticas autoritárias necessita instrumentos que a viabilizem. No Brasil, são os meios de comunicação de massa que desempenham esse papel fundamental para perpetuação da figura do inimigo. A sensação de insegurança gerada pela mídia brasileira legitima o poder punitivo e arbitrariedades contra as populações marginalizadas.

Os preconceitos estão enraizados na nossa sociedade e são propagados em diversas formas. Não é novidade que estamos inseridos em uma realidade racista e, portanto, somos todos racistas. Sendo assim, o judiciário reflete exatamente essa prática. Inclusive, sendo o mundo jurídico conservador, há pouco espaço para questionamentos e mudanças fáticas.

Assim, na prática processual penal, caso o acusado se encaixe no perfil de criminoso reproduzido pela sociedade, maiores as chances de condenação e, mais uma vez, não por eventual conduta delituosa, mas porque o estereótipo de criminoso difundido pelo senso comum confirma a presunção de culpa.

O fato de a população carcerária no Brasil ser majoritariamente negra confirma esse atuar discriminatório do direito penal. Inadmissível, contudo, cair na falácia de que esses dados confirmem que a população negra é mais criminosa. Assim, o que se pode inferir, exclusivamente é que os negros são os principais alvos do que deveria ser a *última ratio*.

Além disso, olhos postos nessa parcela da população, será maior a visibilidade das infrações cometidas por ela. As dificuldades de se beneficiarem de corrupção de policiais, bem como o fato de estarem mais expostos aos excessos do poder punitivo também devem entrar na equação.

A criminóloga Lola Anyar de Castro trata do fenômeno da cifra oculta da criminalidade, isto é, a diferença entre as condutas criminosas praticadas de fato e aquelas que são levadas ao

conhecimento do poder público e, conseqüentemente, punidas. Prova disso é a constante sensação de impunidade que a sociedade brasileira repercute, tendo superlotação de diversos presídios do país. Assim, conclui-se que a (im)punidade tem cor, conta bancária e endereço.

Possível dizer que essas negações ao princípio da presunção de inocência que vemos na atualidade brasileira são influencias da presunção de não culpabilidade da Escola Técnico-Jurídica, o que torna obvio quando refletimos que o nosso Código de Processo Penal, conforme já exposto, foi elaborado sob a perspectiva fascista italiana.

Essa perspectiva acaba refletindo também na concepção social acerca do criminoso e tão logo, inimigo. Não à toa, há uns anos, presenciamos uma onda de justiceiros querendo punir aqueles que eram e, ainda são, tidos como bandidos, sem importar muito a verificação do ocorrido ou o devido processo legal para condená-los, uma vez que sua cor e classe social já eram sentenças condenatórias. Igualmente, pode-se perceber essa mesma lógica de criminalização da pobreza diante dos atos do Governado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel.

Tendo em vista a importância do racismo institucionalizado no sistema penal brasileiro, seria de imensa leviandade não tratar do assunto, embora não seja o foco do presente trabalho. Diante do exposto, passar-se-á a análise dessas influencias nos atos do judiciário brasileiro.

### 3. ANÁLISES SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

Ultrapassada toda construção histórica da presunção de inocência tratada neste trabalho, não há mais dúvidas de que se trata de um dos principais princípios que deve percorrer todos os procedimentos do processo penal. Sendo assim, a função da presunção de inocência é justamente servir de norte ao processo penal das diretrizes constitucionais.

Embora signifique que devemos considerar os indivíduos inocentes desde o início da persecução penal até o judiciário declare, de forma definitiva, sua culpabilidade<sup>38</sup>, importante ressaltar que não se trata de uma certeza de absolvição.

Como se sabe, a presunção de inocência carece de uma ação estatal para sua efetivação, especialmente do Poderes legislativos e Judiciários. Sobre este último, passemos ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) ao longo do tempo e, em seguida, a análise do mesmo princípio no Projeto de Lei Anticrime do Ministro da Justiça, em seu exercício constitucional de função atípica de legislar.

Quando se fala em presunção de inocência no judiciário brasileiro, tendo em vista os diversos entendimentos e o assunto em voga, inevitavelmente, passar-se-á perante uma discussão que envolverá execução antecipada de uma pena.

Sendo assim, deve ser feita a ressalva do surgimento da pena como instrumento de punição ao indivíduo infrator. Para as teorias absolutistas, a pena seria uma retribuição justa ao delito causado. Já as teorias relativas, defendem que a pena se faz necessária para prevenção de

---

<sup>38</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18.

novos delitos. Por fim, as teorias mistas combinam as duas anteriores para fundir as funções de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da pena<sup>39</sup>.

No nosso ordenamento jurídico não é possível identificar apenas uma dessas teorias da pena expressamente. Houve, de certa forma, predileção às teorias preventivas, uma vez que delimita condutas criminosas e, conseqüentemente, atribui uma pena à sua prática. Contudo, como igualmente adota outras teorias, o Código de Processo Penal é híbrido nesse aspecto.

Até o momento, a preocupação no presente trabalho foi abordar a presunção de inocência sob a perspectiva sociológica. Contudo, este capítulo se destinará a tratar do entendimento concreto do princípio no Direito Penal brasileiro no que tange a execução provisória da pena.

### **3.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

A análise a ser feita agora trata do entendimento da Suprema Corte brasileira acerca do princípio fundamental da presunção de inocência, previsto no art.5º, LVII, da CRFB, que em menos de oito anos, alterou seu posicionamento por duas vezes. Cabe ressaltar, por oportuno, que não há óbices para novas mudanças de posicionamento acerca da garantia constitucional.

Como guardião da Constituição Federal, cabe ao Supremo dar a máxima aplicabilidade às normas idealizadas pelo poder Constituinte. Além disso, cabe ao órgão, ainda, a garantia de que não haja violações aos preceitos constitucionais. Sendo assim, as corretas interpretações da norma constitucional ou infraconstitucional pelo STF operam como paradigmas para outros tribunais e para sociedade como um todo. Nesse mesmo sentido versam Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

---

<sup>39</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 428.

“O STF é guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal, ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.”<sup>40</sup>

Passemos, portanto, aos diferentes entendimentos do Supremo Tribunal Federal ao longo desses anos.

### **3.1.1 Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais**

Trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor de Omar Coelho Vitor, condenado pela prática do crime tipificado no artigo 121, §2, I e IV c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal. Em momento primeiro, levado ao Tribunal do Júri, foi acolhida a tese de homicídio privilegiado, condenando o paciente em 3 anos e 6 meses de reclusão.

O Ministério Público, no entanto, entrou com recurso de Apelação objetivando novo julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri. Acolhido o apelo, o paciente foi condenado a 7 anos e 6 meses de reclusão. A defesa interpôs recursos Extraordinário e Especial perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O Ministério Público requereu a prisão preventiva do paciente antes da admissão do Recurso Especial sob argumento de que, renomado produtor de leite da comarca de Passos, Minas Gérias, Omar Coelho Vitor, estaria planejando um leilão, propondo a liquidação total do rebanho holandês, bem como de máquinas agrícolas e equipamentos de leite. Assim, pelo vultoso patrimônio que estaria a disponibilizar, demonstrava seu intento de facilitar sua fuga.

---

<sup>40</sup> JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** Parecer. 2016. p. 17.

Acolhida e decretada a prisão preventiva do paciente, foi impetrado Habeas Corpus perante o próprio STJ, que denegou a ordem por unanimidade. Assim, foi impetrado novo Habeas Corpus, mas agora, perante o Supremo Tribunal Federal.

Remetido à apreciação do Tribunal Pleno, os ministros entenderam, por maioria dos votos, pela inconstitucionalidade da execução penal condenatória, quando pendente apreciação de Recurso Especial e Extraordinário, condicionando ao trânsito em julgado da sentença. Senão vejamos a ementa do acórdão:

**EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF**

não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. **A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade**, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais.** São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. *(sem grifo no original)*

(STF. HC n. 84.078/MG. Min. Rel. Eros Grau. Julgamento em 09.04.2008)

Os ministros vencedores defenderam que o fato de indivíduo estar respondendo uma acusação penal não deve o impedir de gozar suas garantias individuais e direitos fundamentais.

O Ministro relator, Eros Grau, em seu voto, faz um paralelo com o posicionamento da Corte no que tange a execução da pena restritiva de direitos. Assim, tendo em vista que em diversos julgados anteriores, o Supremo vedou a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não poderia ser diferente quando da pena restritiva de liberdade, senão no caso de prisão decretada a título cautelar. Ressaltou, ainda, que seria inadmissível a aplicação do direito de modo desigual a situações paralelas.

Ainda no voto no Ministro Relator, enfatiza que a execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Por fim, faz referência ao voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Habeas Corpus 69.964, anos antes:

"[...] quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se 'hurlent de se trouver ensemble' " .

Assim, o voto do relator foi no sentido de conceder a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Celso de Melo complementa, ainda, que a prisão cautelar não pode ser confundida com uma sanção a quem sofre sua decretação. Portanto, esse instituto não deveria ser utilizado com objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado. Afinal, ninguém deveria ser tratado como culpado fosse antes de condenação penal transitada em julgado, conforme efeito da presunção constitucional de inocência.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto, ressaltou que a Constituição, ao tratar da não culpabilidade, em vez da presunção de inocência, tinha um objetivo de ir além de meros dizeres coloquiais de acordo com senso comum. A preferência surge para deixar claro que o indivíduo é inocente. Assim, para que deixe de ser, imprescindível sentença condenatória baseada nas provas válidas produzidas em juízo, respeitando o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa.

O Ministro remete-se, ainda, ao art. 5, LXI, da CRFB<sup>41</sup> para elucidar que a própria constituição previu e estabeleceu os termos pelos quais o princípio da presunção de inocência poderia ser relativizado. Assim, a regra deveria ser a liberdade. Portanto, seu voto é também para concessão do Habeas Corpus.

O Ministro Cezar Peluso, recorreu a uma visão histórica da presunção de inocência para concluir que se trata de uma reação política ao tratamento desumano e injusto ao qual o réu era submetido. Assim, o princípio nada mais é do que uma garantia a perpetuação da dignidade da pessoa humana, ainda que o indivíduo seja réu em processo penal. Sendo assim, o ministro não reconhece como processo justo aquele que execute provisoriamente pena, sem que haja juízo definitivo de condenação, isto é, sem reconhecimento definitivo de culpa.

Em sentido contrário votaram a Ministra Ellen Graice, a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Menezes Direito e o Ministro Joaquim Barbosa. Entendem ser viável a execução da pena restritiva de liberdade depois de esgotadas as instâncias ordinárias de jurisdição. Em suma, defendem que o fato de os recursos Extraordinário e Especial não serem dotados de efeito suspensivo, demonstra que a determinação de cumprimento da pena após julgamento da apelação não se trata de violação do princípio da *não culpabilidade*.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, ressalva que não faz sentido interpretar os Recursos Excepcionais como uma nova apelação. Nesses casos, através do argumento da presunção de inocência, deixar-se-ia de executar acórdão em razão de interposição de Recurso Extraordinário que, muitas vezes, sequer será admitido. Assim, para ele, em casos de vícios

---

<sup>41</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

formais ou jurídicos, se o paciente entender estar sofrendo constrangimento legal contra sua liberdade, lhe resta, ainda, o Habeas Corpus para reconhecimento da nulidade e conseqüente suspensão do cumprimento da pena.

Apesar disso, como exposto, a maioria dos Ministros decidiu pela inconstitucionalidade da antecipação da execução da sentença penal condenatória, ainda que pendente apreciação de recurso especial e extraordinário.

Em fevereiro de 2016, o Supremo foi instado, novamente, a se pronunciar acerca da possibilidade de antecipação da execução da sentença penal condenatória. Contudo, dessa vez, a Corte, em total contradição ao entendimento anterior, entendeu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

### **3.1.2 Habeas Corpus 126.292 São Paulo**

Dessa vez, trata-se de Habeas Corpus impetrado em favor do paciente Marcio Rodrigues Dantas, que condenado em primeiro grau por 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo majorado, nos termos do art. 157, I e II, do Código Penal, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Inconformada, a defesa impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, oportunidade na qual foi indeferido o pedido liminar para suspender a prisão preventiva decretada.

Sendo assim, sob o argumento de que (i) não havia motivação acerca da necessidade de decretação da prisão preventiva; (ii) a prisão foi determinada sem que a decisão condenatória tenha transitado em julgado; e (iii) a decisão não atende os termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Relator, Teori Zavascki, preliminarmente ressalva que, não obstante a Súmula 691 do STF vede o conhecimento do Supremo de habeas corpus impetrado contra decisão de relator não acolha liminar, o caso em tela seria um dos casos excepcionais. Isso porque, em se tratando de execução provisória da pena, a decisão estaria em claro confronto com entendimento do Supremo Tribunal, consagrado no HC 84.078/MG.

Assim, prosseguiu com seu voto no sentido de estabelecer uma reflexão acerca do alcance da presunção de inocência, juntamente com a necessidade de mitigar este princípio para garantir a efetividade da função jurisdicional. Defende o Ministro que uma eventual condenação representa um juízo de culpabilidade, que decorre das provas produzidas durante o curso da ação pena, presumindo-se que tenha sido sob o regime do contraditório.

Assim, argumenta, ainda, que em diversos outros países, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Suprema Corte. Além disso, pondera que os julgamentos dos recursos interpostos nos Tribunais Superiores raramente possuem condão de modificar a situação do sentenciado, uma vez que não permeia a discussão acerca da culpa.

Para o Ministro Edson Fachin, não é possível dar à presunção de inocência caráter constitucional absoluto. Assim, deve ser ponderado com outros princípios igualmente importantes para que não haja sobreposição de um a outro. Dentre os princípios que devem ser levados em consideração para harmonia com a não culpabilidade, elenca o princípio da duração razoável do processo.

Além disso, chega a afirmar que, o trânsito em julgado no sistema recursal brasileiro resume na inércia do sucumbente. Afinal, sempre existiria um recurso a ser interposto, ainda que meramente protelatórios. Conclui, portanto, que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada ao conformismo do réu.

Já o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, trás que a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três conseqüências negativas ao sistema penal. Primeira delas, o fato de ter fomentado os recursos protelatórios. Segunda, teria reforçado a seletividade do processo penal, uma vez que apenas os mais ricos teriam condições de contratar os melhores advogados para defendê-los. Por fim, a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do RESP e do RE para iniciar a execução da pena teria conduzido à prescrições da pretensão punitiva ou mero distanciamento temporal entre a pratica do delito e punição, o que não sacia a sede punitiva da sociedade.

Assim, defende, por fim que o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Portanto, considera a interpretação literal do dispositivo constitucional como uma leitura apressada, uma vez que o art. 5, LVII, CRFB não interdita que a prisão ocorra anteriormente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa conclusão só é possível a partir da leitura conjunta do mencionado artigo com o art. 5, LXI, também da Magna Carta.

Em sentido contrário votaram a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, de forma vencida. Sendo assim, restou a ementa do acórdão que alterou o entendimento anterior do STF para considerar a constitucionalidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença, indo de encontro aos preceitos da presunção de inocência:

“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.”  
(STF. HC n. 126.292/SP. Min. Rel. Teori Zavascki. Julgamento em 02.09.2016)

Nas palavras de Gustavo Badaró:

“A decisão é equivocada, restringindo indevidamente a garantia constitucional. O art. 5º, caput, LVII, da CR, estabelece como marco final da presunção de inocência o ‘trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, e não ‘o acórdão condenatório em segundo grau’! A diferença prática das duas posições é que o novo posicionamento do STF implica negar efeito suspensivo ao recuso especial e extraordinário. Logo, poderão os tribunais locais, em caso de acórdão condenatório, determinar a expedição de mandado de prisão, como efeito da condenação a ser provisoriamente executada.”<sup>42</sup>

Em Abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 152.752, impetrado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Tendo em vista que a decisão foi em consonância com o entendimento de 2016, não se pretende fazer aqui uma análise tão minuciosa dos votos, nos mesmos termos dos anteriores, mas tão somente ressaltar a ratificação da jurisprudência com apertado placar de 6x5 votos.

### **3.1.3 Julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44.**

Em outra oportunidade mais recente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar, vez que, ainda após a decisão da Corte no julgamento do último Habeas Corpus, juízes de tribunais inferiores e outros ministros da própria Corte continuaram decidindo de forma contrária ao precedente, sob o argumento de que a decisão do STF, proferida em sede de controle

---

<sup>42</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p 63-64.

de constitucionalidade difuso, possui efeito *inter partes*, isto é, não tem efeito vinculante e se restringe ao caso concreto.

Assim, julgou o Supremo, em sede de pedido liminar, uma vez que o mérito ainda não foi julgado, as Ações Diretas de Constitucionalidade do artigo 283<sup>43</sup> do Código de Processo Penal, que proíbe a execução da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Devido à coincidência dos objetos, o Ministro Relator, Marco Aurélio, determinou o apensamento dos processos para julgamento conjunto.

Trata-se de ação declaratória de constitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo Partido Ecologico Nacional – PEN em uma, bem como pela Ordem dos Advogados do Brasil, em outra, que pretendem igualmente, como visto, a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal em face a Constituição Federal.

Como controvérsia relevante, requisito essencial para apresentar a referida ação, apontou o validade do preceito ocorrida no julgamento do Habeas Corpus 126.292. Além disso, a decisão proferida em sede de HC apenas tem efeito *inter partes*, ou seja, não possui efeito vinculante, muito menos firma regra geral sobre o tema.

No mérito, o autor, PEN, alega que a detenção, para fins de cumprimento antecipado da pena, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, consubstancia caso de prisão não previsto na legislação brasileira. Sendo assim, deveria ser declarado constitucional o referido artigo objeto da ADC, uma vez compatível com a Carta Federal.

---

<sup>43</sup> Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Já a OAB, assevera a validade da norma penal com alicerce na tese da constitucionalidade espelhada, segundo a qual se reconhece a compatibilidade de dispositivo infraconstitucional no que reproduz a ordem da Carta Federal.

Em suma, o Supremo Tribunal, ao negar o pedido liminar, manteve tudo como já estava. Nesse sentido votaram os Ministros Fachin, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes e a Ministra Carmem Lúcia. Foram vencidos os votos do Ministro relator, Marco Aurélio, o Ministro Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli.

O Ministro Edson Fachin, sustentou que o início da execução criminal é coerente com a Constituição Federal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo quando for conferido efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

Em seguida, o Ministro Roberto Barroso, defendeu a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados. No seu entendimento, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e portanto pode ser mitigada em face a outros valores contrapostos.

O Ministro Teori Zavascki, por sua vez, ratificou entendimento enunciado quando do julgamento do HC 126.292. Para ele, o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena.

Já a Ministra Rosa Weber, acompanhou o relator, elucidando que o texto constitucional é claro e, então, não poderia decidir diferente, uma vez que se trata de direitos e garantias individuais. Para Ministra, a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado.

O Ministro Luiz Fux seguiu a divergência, argumentando que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal admitem suspensão de ofício, em Habeas Corpus,

razão pela qual já existe controle sobre condenações em segunda instância que contrariem a lei ou a Constituição. Invoca, para tanto, a preocupação dos colegas para com os direitos fundamentais do acusado em detrimento aos direitos fundamentais da sociedade, que teria a prerrogativa de ver aplicada a ordem penal.

Aqui cabe, para tanto, uma crítica atrevida, segundo a qual o Ministro, com as devidas vênias, *esqueceu* que o detentor das prerrogativas de aplicação da ordem penal é o Estado. Além disso, a sociedade é composta pelos indivíduos e, portanto, esta possui a máxima preocupação com seus próprios direitos fundamentais. Não há o que se priorizar as sedes punitivistas da sociedade, vez que, como já exposto, representa apenas uma parcela privilegiada que, em grande maioria das vezes, não sofre com os abusos estatais.

Seguindo a ordem do julgamento, o Ministro Dias Toffoli acompanhou parcialmente o voto do relator, uma vez que entende que a execução da pena deve ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Defende seu ponto de vista ressaltando que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou integralmente o relator, defendendo que o texto legal do artigo 5º, inciso LVII da Constituição é muito claro ao estabelecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença.

O Ministro Gilmar Mendes votou de forma divergente por entender que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência, sobretudo porque quando do excesso na decisão condenatória, os tribunais possuem instrumentos para sustar a execução antecipada, bem como a defesa possui o Habeas Corpus e o Recurso Extraordinário com pedido de efeito suspensivo.

O Ministro Celso de Mello acompanhou o voto do relator enfatizando a incompatibilidade da execução provisória da pena com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente, garantido pela Constituição Federal e pela lei penal. Segundo o ministro, a presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, a Ministra Presidente da Corte, Carmem Lúcia, negou o pedido cautelar, por entender que havendo apreciação de provas e duas condenações, a prisão do condenado não tem aparência de arbítrio. Se de um lado há a presunção de inocência, do outro há a necessidade de preservação do sistema e de sua confiabilidade, que é a base das instituições democráticas. Ressalta que a comunidade clama por respostas e quer obtê-las com uma duração razoável do processo.

Dessa forma, o Tribunal, por maioria de seis votos a cinco entendeu que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância e antes do trânsito em julgado, indeferindo os pedidos cautelares nas ADCs 43 e 44.

Dessa maneira, por apertada maioria, o STF decidiu pela constitucionalidade do dispositivo legal questionado, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição e no sentido de ela não impedir o cumprimento provisório de sentença penal condenatória.

### **3.2 Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Fernando Moro**

O documento disponibilizado pelo Ministério da Justiça consta com propostas de alterações a quatorze leis do Código Penal, Código de Processo Penal, na Lei de Identificação de Criminoso pelo Estado, Lei de Recebimento de Denúncias e Oferecimento e sobre Recompensa, dentre

outras. Pretende-se uma grandiosa reforma na legislação brasileira, que deve ser submetida à apreciação do Congresso Nacional.

As mudanças sugeridas pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, foram organizadas em 19 objetivos e possuem o propósito declarado de estabelecer medidas contra corrupção, o crime organizado e os crimes violentos praticados contra pessoa.

No presente trabalho, a pretensão é fazer uma análise crítica de algumas propostas do projeto de lei do Ministro e co-relacionar com a mitigação do princípio da presunção de inocência que, em bem verdade, testemunhamos para além de somente no âmbito do judiciário, que acaba por refletir e fomentar os pensamentos que permeiam a sociedade.

O documento já começa com a proposta de medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância. Assim, pretende-se a inclusão do artigo 617-A no Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.”

Assim, tornaria regra que o tribunal determine a execução da pena, ainda que pendentes recursos contra decisão. Como vimos, esse posicionamento retrata o entendimento da

Jurisprudência brasileira nos últimos anos. Contudo, propõe a alteração do artigo 637 do Código de Processo Penal<sup>44</sup> para constar nos seguintes termos:

"Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta uma questão de direito federal ou constitucional relevante, com repercussão geral e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

§ 2º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente no recurso ou através de petição em separado, dirigida diretamente ao Relator do recurso no Tribunal Superior e deverá conter cópias do acórdão impugnado, do recurso e de suas razões, das contrarrazões da parte contrária, de prova de sua tempestividade e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia."

Não obstante, de forma a complementar e definitivamente consolidar na legislação essa possibilidade, igualmente proposto a alteração do art. 283, também do Código de Processo Penal para passar a constar da seguinte maneira:

“Artigo 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado **ou exarada por órgão colegiado**”.

(Sem grifo no original)

Ainda nas mudanças propostas no Código de Processo Penal, o Projeto de Lei sugere a permissão para venda, em leilão, dos bens sequestrados ainda que a matéria esteja pendente de

---

<sup>44</sup> Atualmente com a seguinte redação: “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.”

recurso. Assim, muda a redação dos artigos 122<sup>45</sup> e 133<sup>46</sup>, ambos do CPP, suprimindo totalmente a expressão que esclarece que o leilão ocorrerá após o trânsito em julgado, passando a vigorar da seguinte maneira:

“Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133.”; e

“Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público. § 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. § 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial. § 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária.”

Salienta-se, por oportuno, que segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), dentro de um lapso temporal de vinte e seis anos, o país saltou, em uma crescente e ininterrupta margem de 90 mil para 720 mil pessoas encarceradas<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público.

<sup>46</sup> Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.  
Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

<sup>47</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Atualização – Junho de 2016. Organização Thandara Santos; Colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Boletim-IBCCRIM\\_n.313.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Boletim-IBCCRIM_n.313.pdf)> Acesso em 23.junho.2019.

No que concerne ao pagamento de multas, o projeto também sugere mudanças no Código Penal e na Lei de Execução Penal. No primeiro, sugere alteração dos artigos 50<sup>48</sup> e 51<sup>49</sup> a fim de permitir a cobrança dos valores em execução provisória da pena, da forma a seguir:

"Art. 50. A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de iniciada a execução definitiva ou provisória da condenação. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz da execução penal pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais."

(Sem grifo no original)

"Art. 51. A multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição."

Nesse mesmo tema, mas previsto pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 de 11 de Julho de 1984), propõe alteração em três artigos, quais sejam: artigos 105<sup>50</sup>, 147<sup>51</sup> e 164<sup>52</sup>, todos da

---

<sup>48</sup> Art. 50: A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

§ 1º - A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

- a) aplicada isoladamente;
- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2º - O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.

<sup>49</sup> Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

<sup>50</sup> Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

<sup>51</sup> Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

<sup>52</sup> Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

LEP para permitir que todas as hipóteses sejam viáveis, expressamente, também após a condenação de segunda instância. Senão vejamos:

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade **ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.”

(Sem grifo no original)

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos **ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.”

(Sem grifo no original)

“Art. 164. Extraída certidão **da condenação em segunda instância** ou com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

(Sem grifo no original)

Diante o exposto, possível concluir que as medidas pretendidas pelo Ministro da Justiça para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância, se levadas a cabo, inevitavelmente levará ainda mais pessoas ao cárcere, especialmente aquelas oriundas dos estados sociais historicamente vulnerabilizados pelo sistema penal.

## CONCLUSÃO

Antes de propriamente concluir o estudo, interessante destacar que, conforme leciona Zaffaroni, os Estados de direito, uma vez resultado de longas lutas contra o poder absoluto, nada mais são além da contenção dos Estados de polícia. Assim, ainda que se acredite estar diante de um aparato estatal ideal, isso não seria possível. Senão vejamos:

“No interior de todo Estado de direito histórico, quem detém o Poder Executivo ou suas agências tenta livrar-se, com demasiada frequência, de todos os controles e limitações e, dependendo do vigor da contenção, é em maior ou menor medida, bem sucedido. Por isso, o Estado de direito histórico – i.e., o Estado de direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obtuários ao Estado de Polícia, porque ele estava bem vivo dentro de todo Estado de direito.”<sup>53</sup>

O autor continua expondo que essa é a razão para que o modelo ideal de Estado de direito, isto é, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, seja exatamente isso que ele se propõe ser: utópico. Importante ter esse objetivo a ser alcançado, mesmo que sua realização nunca ocorra de fato, ao menos para que inspire as organizações do Estado moderno.

Nessa perspectiva, o Direito Penal surge justamente para, no que lhe couber, exercer a redução e contenção do poder punitivo do estado. Possui como função quase que como a de *freios e contrapesos* para evitar o avanço do Estado de polícia e conseqüente violação de direitos e garantias individuais fundamentais a democracia.

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 169.

As garantias estampadas no ordenamento jurídico devem ser observadas independentemente de quem sejam os sujeitos passivos, do contrário, estar-se-ia a confirmar a existência de um julgamento prévio - sentenças condenatórias anunciadas para aqueles que, de início já identificados como inimigos, sequer foram contemplados com garantias processuais.

Ainda nessa perspectiva, há que se ressaltar a necessidade de o Processo Penal ser, porquanto concebido, como repetidas vezes mencionado, como instrumento a coibir abusos do Estado, que, sem o suporte garantista, concede ao Estado posição de completa disparidade de armas em relação ao acusado.

Ainda Seguindo na exposição de Zaffaroni<sup>54</sup>:

Já assinalamos, e reiteramos, ser óbvio que ninguém defende a impunidade para homicidas e violadores; a discussão sobre se devem ser penalizados com mais cinco ou dez anos é secundária e isso, com certeza, não impedirá que o número de homicidas e violadores aumente, nem determinará que diminua.

A partir do presente debate, nota-se que o Supremo Tribunal Federal oscila na proteção de direitos fundamentais relacionados à presunção de inocência. Necessita-se, portanto, que a Corte, independentemente de qualquer opinião pública eventual ou passageira, reafirme seu papel de guardião da Constituição que, por conseguinte, acarreta na atuação pela garantia dos direitos fundamentais inerentes a um Estado democrático de Direito.

Espera-se que a Corte siga os precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos zelando pela vedação do retrocesso, isto é, no sentido de proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana, e não como meios de fundamentar argumentos que reduzem a efetividade de direitos fundamentais.

---

<sup>54</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, p. 336.

Isso posto, não se trata de negar o debate político que advém da investigação de crimes e consequente punição dos responsáveis, mas de inseri-lo nas sendas adequadas, que, em regra, nem sempre compreenderam o Direito Penal, que deve ser orientado pela subsidiariedade, devendo ser instado a resolver conflitos sociais quando nenhum outro ramo puder fazê-lo, é a *ultima ratio*, por conseguinte.

Nessa dimensão, sedimentou-se que o papel das garantias fundamentais é justamente evitar a exacerbação da imposição de sofrimento, determinando limites ao Estado, desproporcionalmente mais forte na relação processual com o acusado. Dessa forma, inverossímil imputar às garantias fundamentais o poder de obstaculizar a responsabilização do sujeito passivo, eis que assumem a passividade de limitar os excessos; não imobilizam o agir das autoridades responsáveis pela condução do processo.

O presente trabalho teve como objetivo abordar o princípio da presunção de inocência e sua mitigação pelo Estado Brasileiro. A partir desse recorte, foi feita uma análise de todo o contexto histórico relacionado com o tema e as influências que o Brasil teve para elaboração do seu Código de Processo Penal. Após, os olhares voltaram-se para a prática jurisprudencial, ou seja, como a presunção de inocência é vista pelos operadores do direito brasileiro.

Por fim, possível concluir, como bem elucidado por Zaffaroni, o Direito Penal deve sempre convergir para o ideal de Estado de direito, mesmo que utópico, uma vez que será esse caminhar perene que irá conter o avanço do Estado de polícia. Assim, o direito penal não deve ser neutro, pelo contrário, tem como princípio basilar, ser parcial à contenção das pulsões absolutistas. Esclarece o autor, ainda, que não há o que se falar em direito penal garantista, pois redundante<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

Ainda que não estivesse falando no atual momento político brasileiro, o autor ainda versa uma crítica que deve ser ressaltada. Impossível negar as ondas de autoritarismo e conservadorismo ao redor do mundo, sobretudo em matéria penal. Contudo, não podemos encarar com normalidade e acabar por legitimar esses discursos, permitindo e assistindo de perto a deteriorização do direito penal.

Encerra incentivando que a cada barreira que o estado de polícia destrói, deve-se construir outras com pilares ainda mais fortes. Mas, não podemos abandonar a essência do discurso de resistência do direito penal nem no pior cenário em que o Estado de direito seja totalmente destruído. Frisa-se que a constituição de inimigos a serem abatidos não pode ser visto com normalidade jamais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p 63-64.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e recursos criminais expressionais: em busca da racionalidade do sistema processual penal brasileiro**. Brasília: TJDF, 2015, p. 21.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

Bovino, Alberto. **Contra la inocencia. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, v. 17, n. 23, p. 16, nov. 2005

BRASIL. ANTEPROJETO DE LEI Nº , DE 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 23 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>> Acesso em 18.jun.2019

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1998. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 01 maio. 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.037 DE 1 DE OUTUBRO DE 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 02 jan 2009. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm)> Acesso em 18. Jun. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.608 DE 10 DE JANEIRO DE 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; e altera o art. 4º da Lei 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, para prover recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública para esses fins. **Diário Oficial [da] República Federativa**

**do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2018. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm)>. Acesso em 18. Jun. 2019.

CENZANO, José Carlos de Bartolomé. **Derechos fundamentales y libertades públicas**. Valência: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 43/44.

Declaração Universal dos Direitos do Homem <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>

DORNELLES, João Ricardo. Direitos Humanos, violência e barbárie no Brasil: uma ponte entre o passado e o presente In: Bethania Assy; Carolina Campos Melo; João Ricardo W. Dornelles; José Maria Gómez. (Org.). **Direitos Humanos, Justiça, Verdade e Memória**. 1ª ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**. Coord. Da Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 53 – 102.

J.J. ROUSSEAU, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, tradução de Maria Armantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 122/123.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185

JÚNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18.

JUNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo. **Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Parecer. 2016. p. 17.

JÚNIOR, Hilário Franco. **A idade Média, Nascimento do Ocidente**. 2ª Ed. São Paulo. Editora Brasiliense, 2001, p. 80

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94-97.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para Elaboração Legislativa e para Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para Elaboração Legislativa e para Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NEVES, Rafael. Pacote anticrime de Moro ponto a ponto: veja como a lei é hoje e o que pode mudar. **Congresso em Foco**. Paraná, 05 fev 2019. Disponível em < <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/pacote-anticrime-de-moro-ponto-a-ponto-veja-como-a-lei-e-hoje-e-o-que-pode-mudar/>> Acesso em 08. jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

Preâmbulo da Carta das Nações Unidas – documento de fundação da Organização – Disponível em < <https://nacoesunidas.org/conheca/>> Acesso em 12.06.2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 428.

SUANNES, Aduino. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 232, diz que a Constituição "não distingue entre mais-inocente e menos inocente".

TUCCI, José Rogério Cruz; e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 146-148

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do Processo Penal Romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, cap. V.

WEBER, Max. BOBBIO, Norberto, et al. **Dicionário de Política**. Coord. da Tradução: João Ferreira. Vol. I. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 426.

ZACCONE, Orlando. **Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.58.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 125.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.