

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

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELA CORTE  
CONSTITUCIONAL: UMA RUPTURA COM AS GARANTIAS ASSEGURADAS  
PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

**THAÍS PIMENTA FERREIRA DA CRUZ**

**Rio de Janeiro**

**2017 / 1**

**THAÍS PIMENTA FERREIRA DA CRUZ**

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELA CORTE  
CONSTITUCIONAL: UMA RUPTURA COM AS GARANTIAS ASSEGURADAS  
PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

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 a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

**Rio de Janeiro**

**2017 / 1**

**THAÍS PIMENTA FERREIRA DA CRUZ**

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELA CORTE  
CONSTITUCIONAL: UMA RUPTURA COM AS GARANTIAS ASSEGURADAS  
PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

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 a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Data de aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2017 / 1**

## **AGRADECIMENTOS**

À minha querida mãe, Solange, por ficar ao meu lado em todos os momentos, por ser forte o suficiente por nós duas e por fazer sempre o impossível para me levantar nos momentos de insegurança e tristeza. A sua garra me faz seguir em frente e o seu amor incondicional me traz o conforto de saber que, independente das circunstâncias, eu nunca estarei sozinha. Obrigada por ser a maior entusiasta das minhas vitórias e por fazer com que eu acredite sempre na realização dos meus sonhos.

Às minhas tias favoritas, Iracema e Ana, por sempre me oferecerem os seus ombros, por serem minhas grandes companheiras e maiores incentivadoras. Obrigada por acreditarem nos meus objetivos e na minha capacidade de concretizá-los. Agradeço também todas as orações que me dedicaram. E Obrigada, acima de tudo, por me trazerem paz, pela fé inabalável e perseverança infundável.

Ao meu namorado, Guilherme, por ser o meu melhor conselheiro. A sua calma e a sua racionalidade sempre me mantém focada e me ajudam a escolher o melhor caminho a ser seguido. Obrigada pela sua paciência e pela ajuda para concretização de mais essa etapa.

Aos meus amigos, Amanda, Débora, Carlos, Mohara, Natelly e Verônica, por terem me mostrado que ninguém consegue caminhar sozinho. Com vocês, percebi que todos os desafios ficam mais fáceis quando temos as pessoas certas ao nosso lado. Agradeço por comemorarem as minhas alegrias ou serem ouvintes das minhas reiteradas lamentações. Tenho certeza que o Porto e a UFRJ não poderiam me deixar herança mais valiosa.

Ao meu insubstituível professor e orientador, Rodrigo Machado, por ter sido sempre tão atencioso e disponível, dividindo comigo as suas experiências e o seu conhecimento. Os cadernos que elaborei assistindo às suas aulas foram imensamente importantes para o desenvolvimento dessa monografia. Você foi fundamental para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

CRUZ, Thaís Pimenta Ferreira da. *A violação do Princípio da Inocência pela Corte Constitucional: uma ruptura com as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito*. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O Princípio da Inocência é garantia humana fundamental, prevista no art. 5º, LVII, da CRFB/88, que estabelece a consideração de culpa somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa garantia foi erigida à categoria de Cláusula Pétrea pelo Constituinte Originário. Dentre os principais princípios correlatos ao Princípio da Inocência, figuram o Devido Processo Legal Democrático, *Favor Rei*, *In Dubio Pro Reo*, Certeza Jurídica e Princípio Democrático. Nesse contexto, serão apresentadas as Medidas Cautelares Prisionais, que apesar de viabilizarem a prisão antes da consideração de culpa, convivem harmonicamente com o Princípio da Inocência, em razão de tutelarem a efetividade da jurisdição e se darem de maneira excepcional. Assim, se faz pertinente a análise acerca do Princípio da Inocência e o asseguramento de tal garantia em um Estado Democrático de Direitos. Diante do exposto, o presente trabalho objetiva, inicialmente, estudar o Princípio da Inocência e suas abrangências. Posteriormente será feita uma análise da postura interpretativa da Corte Constitucional, através da tomada de decisões em matéria de direitos e garantias inerentes a nossa forma de Estado. Desse modo, estudar-se-á de forma mais aprofundada o Princípio da Inocência como garantia e Cláusula Pétrea, aliado a postura do Supremo Tribunal Federal frente aos aspectos políticos da sociedade brasileira, entendendo melhor as críticas e controvérsias que surgem acerca do tema.

Palavras-Chave: Princípio da Inocência. Cláusula Pétrea. Corte Constitucional. Direitos e Garantias. Estado Democrático de Direitos.

## ABSTRACT

CRUZ, Thaís Pimenta Ferreira da. *The violation of the Principle of Innocence by the Supreme Court: a rupture with the guarantees of the Democratic State of Right*. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The principle of innocence is a fundamental human right, established in art. 5, LVII, CRFB/88, in which the accused's guilty can only be considered after the final judgment, the end of the process, of the conviction verdict. This guarantee was erected to the category of fixed clause by the Original Constituent. Among the main other principles related to the innocence one, we can find the due process of law, the favor rei, the in dubio pro reo, the legal certainty and the democratic one. In this context, we will present the custodial measures, that, despite making viable the prison before the guilt's consideration, it lives in harmony with the principle of innocence, because they protect the effectiveness of the jurisdiction and occur in an exceptional manner. So, it's importante to analyze this principle and it's effects and consequences in a democratic state of rights. Against the foregoing, this monograph aims, first of all, to stud the principle of innocence and all it's effects. Further, we will analyze the Supreme Court's behavior their own decisions, without losing the sight all the fundamental rights. In this case, this study focus in the principle of innocence as a guarantee and a fixed clause in the body of the national constitution, in addition, we will understand the Supreme Court's behavior about the innocence as a guarantee and a real human right, understanding the political aspects and influences of the brazilian society, learning about the critics and controversial points among the theme.

Key-words: Principle of Innocence. Fixed Clause. Supreme Court's. Rights and guarantees. Democratic State of Rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 A estrutura constitucional.....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 O Princípio da Inocência.....</b>	<b>10</b>
1.2.1 Breve relato histórico .....	10
1.2.2 Definição e discussão sobre nomenclatura.....	11
1.2.3 Da previsão constitucional como Cláusula Pétrea.....	12
1.2.4 Os princípios correlatos ao Princípio da Inocência .....	13
1.2.4.1 Princípio do Devido Processo Legal Democrático.....	13
1.2.4.2 Princípio do Favor Rei.....	13
1.2.4.3 Princípio do In Dubio pro Reo.....	14
1.2.4.4 Princípio Democrático.....	15
1.2.4.5 Princípio da Certeza Jurídica.....	15
<b>2 AS MEDIDAS CAUTELARES PRISIONAIS E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 Os pressupostos genéricos e as características das cautelares.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2 As cautelares prisionais como última medida a ser aplicada (ultima ratio).....</b>	<b>18</b>
<b>2.3 Os requisitos para prisão preventiva e temporária .....</b>	<b>22</b>
2.3.1 Prisão preventiva.....	22
2.3.2 Prisão temporária.....	23
<b>2.4 As cautelares prisionais e a antecipação da pena .....</b>	<b>24</b>
<b>3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELA CORTE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 As decisões do STF antes do julgamento do HC 126.292 e das ADCs 43 e 44.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2 As decisões do STF após o julgamento do HC 126.292 e das ADC's 43 e 44.....</b>	<b>26</b>
<b>3.3 A indecidibilidade acerca de Cláusula Pétrea.....</b>	<b>31</b>
<b>3.4 Aspectos políticos da modificação de postura do STF.....</b>	<b>32</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>35</b>

## INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, aborda-se a temática dos Princípios Processuais Penais Constitucionais, que estabelecem regras de orientação, dispostas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reforçadas no bojo do Código de Processo Penal, possuindo força mandamental, vertente obrigacional e efeito resolutivo.

Mais especificamente e com maior relevância, aborda-se o Princípio da Inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo o mecanismo responsável por assegurar a ausência de consideração completa de culpa, até que se prove o contrário (ou não). Assim, o Princípio da Inocência é direito e garantia fundamental, possuindo *status* de Cláusula Pétrea Constitucional, devendo receber toda a proteção e segurança que lhe cabe enquanto tal.

Nesse contexto, é patente que existe um esforço do ordenamento jurídico para assegurar a condição de inocente de todo e qualquer cidadão, diante de um processo democrático, até que haja consideração total e absoluta de prova da culpa e ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerando, portanto, o estado de inocência como matéria, e não mera formalidade constitucional.

Corroborando com a base apresentada, a Constituição brasileira garante à Presunção de Inocência a correlação lógica com o Princípio Democrático, do Devido Processo Legal Democrático, da Certeza Jurídica (com sua acepção necessária à segurança jurídica), do *In Dubio pro Reo* e do *Favor Rei*.

Em um segundo momento, trata-se que, diante da garantia à consideração da inocência como matéria é que devem ser analisadas as possibilidades de uso das medidas cautelares prisionais, impondo-se sua aplicação como *ultima ratio* e, em hipótese alguma, como possibilidade de antecipação de pena. Assim sendo, apresentam-se os pressupostos genéricos, as características das cautelares, além dos requisitos para a prisão preventiva e para a temporária.

No momento final, atinge-se o papel atuante da Corte Constitucional brasileira frente à violação do Princípio da Inocência, eis que admitiu a execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância. Com essa decisão, os guardiões da Lei Maior



da nação afrontaram sua previsão expressa, indo de encontro a um limite constitucional, estabelecido no sentido de somente ser possível considerar total e absolutamente a culpa do acusado, e assim podendo privá-lo de sua liberdade, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Diante disso, o presente trabalho possui o propósito de promover o estudo do Princípio constitucional (e também processual penal) da Inocência, à luz de sua relativização através do instituto das cautelares prisionais, bem como de sua atual violação por conta do entendimento do Supremo Tribunal Federal totalmente contrário ao disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nesse sentido, o estudo planeja uma exposição básica sobre os Princípios Processuais Penais Constitucionais, com ênfase ao Princípio da Inocência, abordando também sua aplicação no Processo Penal e analisando suas patentes ofensas.

Insta salientar, que o enfoque será no que tange à aplicabilidade do Princípio da Inocência e suas distorções por parte dos atores jurídicos legitimados para sua análise. Com isso, mais adiante, serão apresentadas algumas discussões pertinentes sobre o tema, bem como a exposição de importantes orientações doutrinárias e jurisprudenciais que permeiam a condição de inocente do acusado até o esvaziamento de todas as instâncias decisórias.

Nesse passo, é necessário que se encontre o equilíbrio entre o Princípio da Inocência e a efetividade da função jurisdicional estatal, não se permitindo a ocorrência de transgressões. Entretanto, a grande dificuldade se dá em relação à influência política na tomada de decisões aliada ao indevido imiscuir dos membros do Judiciário na função típica do Poder Legislativo.

Assim, se faz importante definir as fronteiras do que é passível de ser considerada matéria interpretativa, de modo que sejam respeitadas as garantias constitucionais e a função jurisdicional do Estado, compatibilizando os institutos de forma harmônica no ordenamento jurídico pátrio.

# 1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS

## 1.1 A estrutura constitucional

Inicialmente, vale ressaltar que princípio é uma regra de orientação, que possui ao mesmo tempo força mandamental/vertente obrigacional e efeito resolutivo. Não é apenas produto da normatização, da interpretação de regras (previsões de orientação jurídica), podendo ser identificado na lei por si só. Corroborando com o exposto, leciona o respeitável Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello que,

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos<sup>1</sup>”.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, construída em bases democráticas, ou seja, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que existe uma relação de dependência entre a própria Constituição, os direitos fundamentais e a democracia, um não subsistindo sem o outro. Necessitando, portanto, o respeito, por parte do Estado Democrático de Direito, de estritamente todos os direitos fundamentais, dispostos no próprio texto constitucional.

Sobre os princípios constitucionais, a lição de Canotilho, conforme Nucci<sup>2</sup> cita em sua obra, perfaz a seguinte linha de raciocínio: “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional (*Direito Constitucional*, p. 171)”.

Nesse prisma, os princípios constitucionais elencados pelo constituinte originário e, portanto, inseridos no texto constitucional, são de necessária observância e aplicação, de modo que não pode haver lacuna para possível questionamento acerca da supremacia da Constituição, eis que em isso ocorrendo, a noção de soberania do povo é colocada em risco.

---

1 Nicolitt, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. P. 26. Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1986 p.230.

2 Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5 ed. ver., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 63 e ss. Apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

Direitos e garantias fundamentais estão inequivocamente presentes no rol desses princípios, o que por si só gera necessária aplicação e salvaguarda, uma vez que além de serem as normas eleitas pelo constituinte originário para orientar toda a sociedade são também o asseguramento do avanço humano em prol de sua própria proteção contra arbitrariedades e desumanidades, já que constantemente é necessário o confronto de autoridade e liberdade visando evitar excessos.

Ainda sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais frente ao Estado, Nucci<sup>3</sup> explicita que:

“*Fundamental* é o básico, necessário, essencial. E por tal razão são fundamentais os direitos e garantias individuais. A sua origem foi justamente para combater os abusos do Estado, reconhecendo-se que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal”.

É sob este prisma que Pontes de Miranda, citado em Nucci<sup>4</sup>, chama os direitos verdadeiramente fundamentais de *supra estatais*, reconhecidos internacionalmente, estando acima de qualquer Estado e conseqüentemente de sua legislação, sendo concebidos como anteriores ao próprio Estados, eis que se tratam de direitos humanos no seu mais alto grau, inerentes aos indivíduos e não ao Estado do qual fazem parte.

Retomando a análise dos princípios em si, Marcellus Polastri<sup>5</sup> destaca que “os chamados Princípios do Processo Penal se entrelaçam com as garantias constitucionais em relação de causa e efeito”. Isto é, as garantias são o espelho dos princípios, que devem prezar a conformidade constitucional no processo penal em razão de, a partir dessa conduta, os direitos e garantias fundamentais serem precipuamente resguardados.

Como leciona Nucci<sup>6</sup>, o intérprete, baseando-se em um princípio, busca aplicar a lei penal ao caso concreto, visando a realização da justiça e não simplesmente tendo por fim a aplicação mecânica do texto normativo.

---

3 Op. Cit. Nucci. p. 67.

4 Idem, Nucci. p. 68. Apud MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Boffoni, 1946, p. 243.

5 Lima, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 17.

6 Ibidem, Nucci. p. 69.

## 1.2 O Princípio da Inocência

### 1.2.1 Breve relato histórico

A inocência nem sempre foi considerada condição natural do acusado frente ao processo penal. Pode-se verificar tal premissa a partir da doutrina de Aury Lopes Jr, remetendo-se a MANZINI<sup>7</sup>, de que não há justificativa para proteção e presunção da inocência se a maior parte dos imputados acabava sendo considerada culpada ao final do processo. Desse modo, o Código de Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como excesso de individualismo e garantismo.

O próprio Código de Processo Penal brasileiro de 1941, inspirado na legislação da Itália fascista, não abria espaço para a presunção de inocência do acusado, materializando, muito pelo contrário, na realidade, uma verdadeira presunção de culpabilidade. Esse código foi promulgado em meio à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), à época do Estado Novo, regime ditatorial e autoritário, instituído através de um golpe de Estado pelo então candidato à presidência da República, Getúlio Vargas, em 1937, dando origem ao que se consolidou como Era Vargas.

Tal período enfrentou um cenário nos moldes dos regimes nazifascistas europeus, com a exacerbação das instituições jurídicas e patentes violações às instituições democráticas. Pode-se dizer que o Código foi traçado com base no Direito Penal do Inimigo, concepção que compreende a existência permanente de um adversário do Estado a ser perseguido e punido, remontando-se, mais uma vez, ao positivismo dos regimes nazifascistas influentes no período.

Nesse sentido, foi encarada como legítima, inclusive pelos Tribunais Superiores, a aberração democrática disposta no art. 594 do CPP/41 (atualmente revogado pela Lei n. 11.719, de 20/06/2008), *in verbis*: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

A partir da leitura do artigo supracitado, pode-se observar que era imposta a prisão ao réu não primário ou com maus antecedentes antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem sequer a verificação da necessidade da medida cautelar para o caso concreto, podendo dizer ainda que esta atitude constituía uma verdadeira cláusula de impedimento ao direito de recorrer, cerceando o acesso ao segundo grau de jurisdição<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Lopes Jr., Aury. Direito processual penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225 e ss.

Não obstante, nada disso afastou o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, os quais defendiam que o ato estava enquadrado no instituto da prisão cautelar, eis que se o réu não é primário ou não tem bons antecedentes e foi condenado, poderá fugir, sendo necessária a prisão para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, o próprio resultado do processo, o cumprimento da pena.

Pode-se exemplificar o exposto a partir dos seguintes julgados: HC 68726, em 28/06/1991 (decisão do Plenário), confirmado no julgamento do HC 68841-1-SP, DJU 11/10/1991, pg. 14250; RHC 2222-DF, DJU 05/10/1992, pg. 17114; e RHC 2247, DJU 19/10/1992, pg. 18249 – Min. Costa Lima.

Esse entendimento também chegou a ser sumulado pelo STJ, no verbete de Súmula de nº 9 (nove) *in verbis*: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”, o que não faz qualquer sentido já que se um indivíduo é considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não pode esse indivíduo ser preso para só assim poder dar prosseguimento ao processo.

O referido comportamento acabava por esvaziar a condição humana de inocência do acusado, além da regra de tratamento do imputado como inocente, implicando limitações às suas liberdades pessoais.

Todo este cenário autoritário passou a ser amenizado, ao menos no quadro teórico, com o advento do Estado Democrático de Direitos, e a consequente consideração do Princípio da Inocência como garantia humana fundamental, inserida no bojo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso LVII, *in verbis*:

“TÍTULO II  
Dos Direitos e Garantias Fundamentais  
CAPÍTULO I  
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS  
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;”

Princípio este proclamado na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (pós 2ª Guerra Mundial). No entanto,

---

8 Fernandes, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

essa realidade só se confirmou com a reforma processual penal ocorrida em 2008<sup>9</sup>, 20 anos após a promulgação da Constituição. Nota-se, deste modo, a fascinação da sociedade brasileira por sua matriz, ou seja, pelo sistema processual penal inquisitório, ante a dificuldade imensa de adequar o Código de Processo Penal aos novos rumos democráticos e garantidores mínimos, mesmo sendo clara a opção constitucional pelo sistema processual penal acusatório.

Remetendo, ainda, à antiga regra do art. 594 do CPP, hoje revogado, conforme explicitado acima, em 2008 foi elaborada a Súmula nº 347 pelo STJ, que afirma que “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”, podendo ser considerada um exemplo de vitória, sob a ótica penal democrática, advindo da reforma processual penal, encarada como uma verdadeira prospecção democrática.

### 1.2.2 Definição e discussão sobre nomenclatura

Inicialmente, remetendo-se à origem do termo *inocência*, proveniente do latim *innocentia*, encontra-se seu significado original ligado às manifestações religiosas, em que se considerava a inocência como uma qualidade atribuída a quem nunca pecou, ou seja, nunca foi de encontro aos mandamentos divinos. Como consequência das ideias iluministas, adveio a retirada da influência religiosa do termo, inserindo-o em um contexto mais filosófico, no qual consistiria, então, em um estado conferido ao cidadão não culpável.

Conforme mencionado anteriormente, os direitos e garantias fundamentais estão inequivocamente presentes no rol dos Princípios Constitucionais, o que implica na inocência, como condição e garantia fundamental, ser considerada um Princípio.

Tratando-se de um Estado social e democrático de direito, cumpre ressaltar que, diante do Direito Penal e Processual Penal, os *status libertatis e dignitatis* são a regra do ordenamento jurídico e qualquer violação a eles se dá em caráter de exceção.

Dito isso, o Princípio da Inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88, consagra a ausência de convencimento completa acerca da culpabilidade, até que seja possível fazer prova do contrário. Sem essa consideração, total e absoluta, de prova da culpa e o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo tem que ser encarado como inocente, devendo-se manter em condição de liberdade, resguardada a impossibilidade do

---

<sup>9</sup> Proposta legislativa de readaptação conjugada do Código de Processo Penal com os Preceitos Constitucionais Democráticos

advento de sanção punitiva prevista em lei antes da decisão final e irrecorrível, salvo nos casos em que se admite prisão cautelar.

Ademais, faz-se importante destacar que o referido princípio possui cogência formal e material, uma vez que o estado de inocência deve ser considerado como matéria e não como mera forma constitucional<sup>10</sup>.

Corroborando com todo arcabouço teórico do princípio da inocência, se insurge o art. 283, caput, do CPP/41, *in verbis*:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Aury Lopes Jr<sup>11</sup>. consagra o princípio da inocência como princípio reitor do Processo Penal constitucional e democrático, aduzindo ainda que é possível analisar o grau de civilidade do processo a partir do seu nível de eficácia.

Ferrajoli<sup>12</sup> entende que a normatividade da presunção de inocência é vista sob dois sentidos: i) como regra de tratamento do imputado, ou seja, como marco teórico para a compreensão da presunção de inocência, conferindo a necessidade de tratar o imputado como se inocente fosse, em razão de ele de fato o ser antes da sentença condenatória. Deste modo, a regra de tratamento propõe a máxima restrição às limitações nas liberdades pessoais e; ii) como regra de juízo, impondo a obrigação da produção de prova pela acusação, além da absolvição sempre que existir dúvida (ressaltando-se aqui também as figuras dos princípios do *in dubio pro reo e favor rei*). Nesta perspectiva, aduz Geraldo Prado<sup>13</sup>:

“É preciso que fique claro que a presunção de inocência atua como regra de tratamento, e não de convencimento, o que significa acentuar que por meio dela a prova dos fatos relevantes obedecerá a critérios de distribuição dos encargos de

---

10 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

11 Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, volume II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 53.

12 O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 274 e ss.

13 PRADO, Geraldo. *Prisão e Liberdade*. In: Revista Juris Poesi. Vol. 2. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1998. pp. 181-188.

demonstração, eximindo o processado de ter que convencer o juiz de que é inocente se a acusação não evidenciou de forma cabal que ele é culpado. Da mesma maneira, a presunção de inocência investe o juiz penal da responsabilidade de tutelar os interesses do acusado, estando assim voltado à contenção dos atos arbitrários dos detentores ocasionais do poder”.

Novamente, em referência ao Mestre Aury Lopes Jr.<sup>14</sup>, afirmamos que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento, atuando nas dimensões interna e externa ao processo. A dimensão interna foi bem explicada no parágrafo acima, conforme a lição de Ferrajoli, nos cabendo ainda, adentrar a dimensão externa ao processo, que pressupõe a exigência de proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu. Em outras palavras, a presunção de inocência deve se impor como limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Na visão de André Nicolitt<sup>15</sup>, o princípio da inocência abrange três dimensões, já bem detalhadas acima através dos ensinamentos de Ferrajoli, quais sejam: a regra de tratamento, a regra de julgamento, e a figura da regra de garantia, baseada no dever que a acusação tem de apresentar em juízo as provas, em sua integralidade, sejam favoráveis ou desfavoráveis ao imputado, preceituando estreita legalidade na atividade policial e na do Ministério Público.

Pode-se dizer, por fim, que a inocência representa um limite frente ao legislador e ao ordenamento jurídico em sua totalidade, sendo, portanto, inválidos os preceitos penais e processuais penais que vinculem responsabilização a fatos não concretos, ou seja, presumidos, uma vez que isso seria admitir uma presunção de culpabilidade.

Mais precisamente sobre a nomenclatura, existem alguns debates referentes ao tema, que divergem sobre a adequação e utilização dos seguintes termos: Princípio da Presunção de Inocência, Princípio da Inocência, Princípio da Presunção de Não Culpabilidade e Princípio da Não Culpabilidade.

Apesar de não considerar que exista um termo correto enquanto os demais estariam errados, no presente trabalho a expressão *Princípio da Inocência* terá maior enfoque, em razão da melhor adequação ao sentido que se pretende exprimir. A inocência é condição humana natural, perfazendo a vida do cidadão desde sua existência, deste modo, todo ser humano nasce livre e em estado de inocência. Não sendo, portanto, mera presunção,

---

14 Op. Cit. Aury Lopes Jr., p. 53 e ss.

15 Op. Cit. Nicolitt. p. 57 e ss.



tampouco resultado da não culpabilidade, apesar de sua característica *iuris tantum*, ou seja, de admissão de prova em sentido contrário à inocência inicial, natural, ressaltando a necessidade de respeito ao devido processo legal democrático<sup>16</sup>.

Manzini, conforme apresenta Nicolitt<sup>17</sup>, combate a presunção de inocência ao afirmar que a não consideração do indivíduo como culpado não é equivalente a sua consideração como inocente. Neste entendimento, o princípio demonstrava contrariedade aos objetivos do processo. Porém, diante de todo arcabouço teórico atual, essa perspectiva não se sustenta.

Em razão do debate supracitado, conforme ensinamento de Nicolitt<sup>18</sup>, inúmeras Constituições passaram a utilizar, ao contrário das Constituições espanhola e portuguesa<sup>19</sup>, a expressão “não será considerado culpado” em substituição a “presunção de inocência”, como no caso da italiana<sup>20</sup> e da brasileira de 1988, por exemplo.

Diante disso, veio à tona a expressão “Princípio da Não Culpabilidade”, com base no positivismo nazifascista, remetendo-se a uma neutralidade do acusado, ou seja, não consideração de culpa nem inocência.

Contudo, a doutrina atual não diverge entre “Presunção de Inocência” e “Presunção de Não Culpabilidade”, uma vez que quem não é considerado culpado somente poderá ser considerado inocente. Corroborando com o exposto, Nicolitt<sup>21</sup> expõe preceito da Suprema Corte Argentina que diz: “*Presumir inocente, reputar inocente o no considerar*

---

16 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

17 Idem, Nicolitt. p. 59. Apud Manzini, Vincenzo. *Trattado di Diritto Processuale Penale*, v. I, 1920, p.180.

18 Op. Cit. Nicolitt. p. 56 e ss.

19 Art. 32, nº 2, Constituição da República Portuguesa: *Todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*

20 Art. 27, nº 2, Constituição da República Italiana: *El acusado no será considerado culpable hasta que recaiga sentencia condenatoria firme.*

21 Idem, Nicolitt. p. 57.

*culpable significan exactamente lo mismo*<sup>22</sup>”. Sob essa perspectiva, Badaró<sup>23</sup> aduz que buscar distinguir “inocente” e “não culpável” é inútil e contraproducente do ponto de vista processual.

Por todo o exposto, entende-se segundo lição de NUCCI<sup>24</sup> que:

“as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu”.

Deste modo, resta clara e manifesta a adoção da perspectiva de FERRAJOLI, trazida por Nicolitt<sup>25</sup>, quando se refere ao Princípio da Inocência como um princípio fundamental de civilidade, que “representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que a custo da impunidade de algum culpado”.

### 1.2.3 Da previsão constitucional como Cláusula Pétrea

O Princípio da Inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme largamente discutido nas premissas anteriores, tem cunho constitucional em razão de exprimir direito e garantia humana fundamental, sendo considerado como pressuposto da própria condição humana. Partindo dessa ótica, resta configurada sua adequação como Cláusula Pétrea da CRFB/1988.

Em se tratando do termo “Cláusula Pétrea”, tem-se, por definição da Câmara dos Deputados, o seguinte entendimento: é uma determinação constitucional rígida e permanente, insuscetível de ser objeto de qualquer deliberação e/ou proposta de modificação, ainda que por emenda à Constituição.

As Cláusulas Pétreas estão dispostas no art. 60, §4º, da CRFB/88. No que tange aos direitos e garantias fundamentais, o enfoque está no inciso IV do referido diploma legal, conforme segue:

---

22 (Fallos [sentenças] CSN, t.7, p.371; t.16, p.88; t. 54, p. 253; t. 64, p. 352).

23 Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 23 e ss.

24 Op. Cit. Nucci. p. 81.

25 Ibidem, Nicolitt. p. 55 e ss. Apud Ferrajoli, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

“Subseção II

Da Emenda à Constituição

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.”

Sabendo-se que tais direitos e garantias encontram guarida no art. 5º e incisos da Constituição, ressalta-se, mais uma vez, o caráter garantista e imutável do Princípio da Inocência, a menos que fosse promulgada nova Constituição sem os ditames e valores de um Estado Democrático de Direitos.

Corroborando com o exposto, apresenta-se entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça de que a Presunção de Inocência, apesar de não se tratar de um direito absoluto, é uma garantia individual, motivo pelo qual deve ser encarada como Cláusula Pétrea da Magna Carta de 1988:

“[...] a **presunção de inocência**, invocada pelo impetrante a justificar a sua liberação, **postulado constitucional erigido como cláusula pétrea** e direito político criminal do acusado de caráter fundamental, não tem valor absoluto. Pode ceder diante da necessidade da privação cautelar, apontada pelos fatos e pela sua plausibilidade jurídica”. (Habeas corpus nº 187.291/SE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 12/11/2010) – grifo nosso.

Por fim, resta clara a percepção de que o direito e garantia à inocência é condição natural de um Estado Democrático de Direitos e por esta razão não pode ficar a critério da discricionariedade do intérprete. Tem força mandamental, imperativa, que deve ser observada.

#### 1.2.4 Os princípios correlatos ao Princípio da Inocência

O Princípio da Inocência tem relação direta com tantos outros princípios elencados no ordenamento jurídico, ou seja, não é uma garantia isolada, compreendendo implicações em outros segmentos e formando o feixe de garantias que dispomos.

##### 1.2.4.1 Princípio do Devido Processo Legal Democrático

Uma das acepções correlatas ao princípio é a do Princípio do Devido Processo Legal – *due process of law* – e, mais especificamente, do Devido Processo Legal Democrático, uma vez que o Devido Processo Legal por si só não se vincula necessariamente ao regime do Estado Democrático de Direitos, podendo se fazer presente até mesmo em regimes autoritários, o que não é o caso do nosso ditame político.

Deste modo, sob esse ponto de vista, para alguém não mais ser considerado inocente, é imperioso assegurar o cumprimento do Devido Processo Legal Democrático, figura inerente ao Estado Democrático de Direitos, o que implica na liberdade ser a regra e a prisão ser exceção. Sobre este instituto, afirma-se que é uma cláusula de asseguramento da liberdade, além de ser uma tutela pessoal, já que defende o direito de ir e vir, e tutela real, em razão da fruição de bens, valores, direitos e garantias. Imiscui-se também na proteção da ampla defesa e do direito de resistência, em nome da preservação da liberdade e ao que ela se vincula<sup>26</sup>.

O Princípio em questão somente foi descrito expressamente na Constituição brasileira de 1988, apesar de sua origem histórica remontar à Inglaterra, em 1215, com a declaração de direitos que ficou conhecida como Magna Carta inglesa, mais especificamente em seu art. 39, que diz:

Art. 39: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”.

O Devido Processo Legal (aqui Democrático) encontra guarida na Lei Maior brasileira, art. 5º, LIV, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Figura também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como garantia de liberdade e direito fundamental do homem, conforme seu art. 8º:

Art. 8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Para completar o rol de disposições, traz-se, ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), mais precisamente em seu art. 8º, nº 1:

Art. 8º “Garantias judiciais  
1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Dito isto, pode-se pensar o Princípio do Devido Processo Legal Democrático como base para aplicação de demais princípios processuais, no caso os penais, já que para que haja processo é necessária a garantia de que ele seja realizado nos moldes que o Estado

---

26 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

Democrático de Direito prevê. É o que se observa no caso dos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, que mesmo autônomos, asseguram os pressupostos de um processo devido e democrático, pois garantem uma defesa atuante e ampla.

O Contraditório é garantia individual, traduzida no direito de as partes terem voz para se manifestarem nos autos do processo. Já a Ampla Defesa vincula o resultado final à necessidade de manifestação da parte, vez que ninguém será condenado sem ser ouvido.

Nessa linha, é inegável a ligação direta com os princípios supramencionados, dispostos no art. 5º, LV da CRFB/88, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Devido Processo Legal Democrático pode ser considerado como o garantidor da eficácia dos direitos dispostos na Constituição e inerentes aos cidadãos, já que as outras garantias só funcionam a partir do direito a um processo regular, com regras de ação e combate a arbitrariedades.

Ainda sobre este Princípio, na visão de Nicolitt<sup>27</sup>, trata-se da exigência de um procedimento prévio, previsto em lei e que seja necessariamente justo, por adequação ao Estado Democrático de Direito. Com relação à discussão sobre o que seria justo, é mais acertado remontar-se a perspectiva aristotélica de que processo justo é processo igualitário, já que a Carta Magna assim se assenta, eis que inicia a redação do seu art. 5º, *caput*, com “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”.

#### 1.2.4.2 Princípio do Favor Rei

O princípio do *Favor Rei* é decorrência lógica do Princípio da Inocência. Este princípio impõe que todas as produções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais (interpretação/produção normativa/hermenêutica) devam, de acordo com o feixe de garantias constitucionais, ser realizadas em favor do indiciado, do acusado e do réu, mesmo que condenado, se ainda não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não basta apenas considerar um tratamento digno<sup>28</sup>.

---

27Op. Cit. Nicolitt, p. 30 e ss.

28 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

Mais uma vez se asseguram os *status libertatis* e *dignitatis* como regra, dando-se suas violações em caráter excepcional.

Há uma série de elementos que o compõe: interpretações em *bona partem*, consideração do estado de inocência, necessidade de manutenção dos *status dignitatis* e *libertatis*, princípio do *In Dubio pro Reo*, e Princípio da vedação da reforma para prejuízo de recurso manejado exclusivamente pela defesa (*non reformatio in pejus*).

A partir da lógica do *Favor Rei* é possível perceber a necessária observância material do Princípio da Inocência, deixando de lado a ideia de cogência meramente formal, de pura cláusula de tratamento<sup>29</sup>.

Para encerrar as considerações sobre o princípio em tela, traz-se a visão de Nicolitt<sup>30</sup>, citando Alexandra Vilela, que diz: “o princípio do *favor rei* é um critério superior de liberdade e princípio geral que informa o direito processual penal, presente em qualquer norma ou instituto que venha revelar-se mais favorável ao réu”.

#### 1.2.4.3 Princípio do *In Dubio pro Reo*

O Princípio do *In Dubio pro Reo*, consta no Código de Processo Penal brasileiro, constituído em nome do *Favor Rei*, no art. 386, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

- I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;
- II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
- III - aplicará medida de segurança, se cabível.

29 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

30 Op. Cit. Nicolitt, p. 58.

A partir da leitura do dispositivo supracitado, nota-se claramente que o réu/acusado nasce inocente, sendo essa sua condição natural, e para que ocorra qualquer alteração a esse estado nato é imprescindível a comprovação de culpa, não bastando tão somente a consideração de indícios ou de provas insuficientes da ocorrência do fato delituoso, evidenciando, portanto, o caráter de atuação desse princípio sobre o campo da prova.

O *In Dubio pro Reo* tem uma cogência momentânea específica, que é o proferimento da sentença. É imperioso repisar que no caso de insuficiência probatória, uma vez que qualquer entendimento acerca da valoração do conjunto probatório diverso do juízo de condenação do réu acarretará em uma consequente obrigação do magistrado em absolvê-lo, a dúvida gera a clara impossibilidade de condenação ante ao princípio constitucional em voga<sup>31</sup>.

Na visão de Nicolitt<sup>32</sup>, a Presunção de Inocência permeia todo o processo e atua mesmo antes deste, quando da fase de inquérito, se encerrando, portanto, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Já o *In Dubio pro Reo* figura apenas no momento do julgamento, ou seja, do proferimento da sentença, se existir alguma dúvida acerca do fato delituoso, caracterizando-se como regra de interpretação, enquanto o Princípio da Inocência é um direito garantido ao cidadão, que confere à acusação o ônus probatório.

#### 1.2.4.4 Princípio Democrático

A conexão entre Princípio Democrático e Princípio da Inocência se inicia a partir de o Princípio Democrático salvaguardar a orientação sistêmica global do nosso ordenamento jurídico, estando expresso no art. 1º da CRFB/1988, conforme segue:

Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

---

31 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

32 Op. Cit. Nicolitt, p. 59.

O Princípio Democrático tem uma cogência tripla: política, jurídica e econômica. Política em razão da instituição do Brasil como República Federativa e pela opção de organização como Estado Social e Democrático de Direitos. Jurídica pela manutenção da liberdade e, sobretudo da participação popular, garantindo o asseguramento das liberdades individuais e sociais (liberdade com regra). E econômica, principalmente, pela previsão de livre iniciativa<sup>33</sup>.

Ao instituir a democracia é que se vislumbra a resistência. A estrutura de tutela gera necessariamente a legitimidade do direito de resistência do indivíduo para com o Estado, reafirmando a liberdade como regra e sua privação ser em caráter de exceção.

O Princípio Democrático tem como ramificação o Princípio da Justiça Democrática, sendo seu principal objetivo balizar as produções legislativas e as decisões judiciais segundo a análise e implementação técnica e social dos preceitos libertários.

A apresentação do parâmetro jurídico-político da democracia é feita a partir de duas acepções: técnica e social, conforme apresentado acima. A técnica se vincula ao domínio da técnica jurisdicional, com a justiça integrando raciocínio quanto à produção legislativa. Já a social identifica o indivíduo como quinhão elementar da sociedade, partindo da premissa de que a tutela máxima dos direitos e garantias individuais gera a tutela máxima dos direitos e garantias sociais. Restando clara, portanto, a necessidade de salvaguarda dos preceitos humanos fundamentais, tal como a condição de inocência<sup>34</sup>.

#### *1.2.4.5 Princípio da Certeza Jurídica*

O Princípio da Certeza Jurídica – em sua acepção de segurança jurídica –, obriga que as decisões judiciais realizem justiça democrática (agregando os fatores técnicos e sociais supracitados), em tempo razoável, resguardando o direito impugnatório revisional.

Diante deste cenário, surge o vínculo indissociável com o Princípio da Razoável Duração dos Processos e Procedimentos. Ressaltando-se que somente após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o direito dromológico processual/procedimental foi considerado como direito e garantia fundamental individual, conforme orienta o art. 5º,

---

33 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

34 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.



LXXVIII da CRFB/1988, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A razão da duração tem que estar ligada a racionalidade democrática.

Deste modo, tal princípio rege a necessidade dos processos e procedimentos possuírem uma forma legislativa assecuratória da dilação probatória e, sobretudo, do exercício da ampla defesa, bem como a imposição de que sua tramitação ocorra a partir de um critério garantidor de segurança jurídica. Ressaltando-se que a segurança jurídica está para a limitação do poder estatal, na lógica de estado de dignidade e liberdade dos indivíduos, por conta da constituição democrática<sup>35</sup>.

Com relação ao direito impugnatório revisional, primeiramente deve-se afastar qualquer discussão sobre a utilização do recurso como meio de manobras jurídicas, vez que essas questões devem ser enfrentadas junto às construções legislativas, e não empregadas como forma de cercear o direito que a parte da relação processual possui de se insurgir contra as decisões judiciais, requerendo a sua revisão.

Dito isto, concluímos que o duplo grau de jurisdição é inerente a todo Estado Social e Democrático de Direito, independentemente de previsão, muito embora conste, implicitamente, na CRFB/88, art. 5º, LV<sup>36</sup>, e §2º<sup>37</sup> do mesmo diploma legal, e, expressamente, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), mais precisamente em seu art. 8º, nº 2, alínea h:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
  - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

---

35 MACHADO, Rodrigo Gonçalves. Aula ministrada na Faculdade Nacional de Direito – UFRJ – no segundo semestre de 2015.

36 Art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

37 Art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

## **2 AS MEDIDAS CAUTELARES PRISIONAIS E O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA**

### **2.1 Os pressupostos genéricos e as características das cautelares**

A história dos cárceres brasileiros sempre foi relacionada a um quadro de desrespeito ao ser humano, insalubridade e superlotação.

Em 2001, várias propostas de alteração do Código de Processo Penal foram apresentadas ao Congresso e uma delas culminou com a Lei 12.403/11 que alterou a matéria

relativa às cautelares no Processo Penal<sup>38</sup>. O seu objetivo era de minimizar o problema do uso excessivo das prisões cautelares e consequentemente da superlotação.<sup>39</sup>

As medidas cautelares penais, uma vez que não utilizaremos o termo “processo penal cautelar”, já que não se trata de uma ação autônoma em si, podem ser entendidas, na visão de Nicolitt<sup>40</sup> como:

“a disciplina das atividades jurisdicionais tendentes a produzir medidas que tem por objetivo a prevenção do processo, seja em sua fase de conhecimento, seja na fase de execução. Em outros termos, (...) tem por finalidade impedir o esvaziamento da própria atividade jurisdicional, visando garantir a eficácia da prestação jurisdicional”.

Em se tratando de processo penal, as medidas cautelares não são autônomas em relação ao processo de conhecimento ou de execução, impondo-as no curso destes ou até mesmo em fase anterior à sua instauração, ou seja, na fase de inquérito policial.

As medidas processuais penais cautelares, conforme leciona Nicolitt<sup>41</sup>, se classificam em: “pessoais – quando recaem sobre a pessoa do acusado, como nos casos de prisão cautelar – e reais – que não recaem sobre a pessoa e sim sobre coisas, como o sequestro, arresto, buscas e interpretações”. O objeto do presente estudo se direciona às prisões cautelares e seu inerente imiscuir no Princípio da Inocência.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>42</sup>, “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar. São medidas destinadas à tutela do processo”.

O Princípio da Inocência é um princípio fundamental de civilidade, conforme definição de Ferrajoli já mencionada no corrente trabalho, em complementação, Aury Lopes Jr.<sup>43</sup> afirma que é:

---

38 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares. Projeto de Lei 111/08*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. (Org.). *As reformas do processo penal*. 1 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 448-501.

39 Dados obtidos em consulta ao I Seminário de Justiça, Processo e Direitos Humanos, da Universidade Católica de Petrópolis, de 2015.

40 Op. Cit. Nicolitt, p. 415.

41 Idem, Nicolitt, p. 415.

42 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 53.

43 Op. Cit. Aury Lopes Jr., p. 53.

“Fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro”.

Pode-se até dizer que é um paradoxo tratar de restrição de liberdade antes da existência de uma sentença condenatória definitiva, sendo necessária a imposição de rigorosas medidas restritivas para a aplicação da cautelaridade dessas prisões, apesar de no ordenamento jurídico prisional brasileiro ocorrer muitas vezes de forma irrestrita e infundamentada.

Não há de se admitir que os pressupostos do processo civil sejam aplicados ao processo penal, principalmente de maneira quase que automática, vez que são fruto de categorias jurídicas em muito distintas, um acautela bens e gerenciamento da vida civil enquanto o outro os *status libertatis* e *dignitatis* dos sujeitos. Garantias individuais fundamentais não podem ser tratadas da mesma maneira que garantias patrimoniais, por exemplo, pelo menos não em um Estado Democrático de Direito.

Corroborando com essa visão, Aury Lopes Jr.<sup>44</sup>, demonstra que:

“Constitui uma impropriedade jurídica (e semântica) afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni iuris*. Como se pode afirmar que o delito é a ‘fumaça do bom direito’? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese. (...) O correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Seguindo a mesma linha de CALAMANDREI, a doutrina considera equivocadamente o *periculum in mora* como outro requisito das cautelares. Em primeiro lugar, o *periculum* não é requisito das medidas cautelares, mas sim o seu fundamento.

Em segundo lugar, a confusão aqui vai mais longe, fruto de uma equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal. Para CALAMANDREI<sup>45</sup>, o *periculum in mora* é visto como o risco derivado do atraso ao tempo que deve transcorrer até que recaia uma sentença definitiva no processo.

Tal conceito se ajusta perfeitamente às medidas cautelares reais, em que a demora na prestação jurisdicional possibilita a dilapidação do patrimônio do acusado. Sem embargo, nas medidas coercitivas pessoais, o risco assume outro caráter.

Aqui o fator determinante não é o tempo, mas a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Fala-se, nesses casos, em risco de frustração da função punitiva (fuga) ou graves prejuízos ao processo, em virtude da ausência do acusado,

---

44 Idem, Aury Lopes Jr., p. 55 e ss.

45 Ibidem, Aury Lopes Jr. p. 57.

ou no risco ao normal desenvolvimento do processo criado por sua conduta (em relação à coleta de prova).

E segue o autor:

O perigo não brota do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo. Não é o tempo que leva ao perecimento do objeto.

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

É necessário abandonar a doutrina civilista de CALAMANDREI para buscar conceitos próprios e que satisfaçam plenamente as necessidades do processo penal, recordando, sempre que as medidas cautelares são instrumentos a serviço do processo, para tutela da prova ou para garantir a presença da parte passiva.”.

Deve-se enfrentar as medidas cautelares inominadas ou atípicas, muito presentes no processo civil, mas não podendo ser admitidas no contexto processual penal uma vez que é irreal realizar qualquer tipo de analogia que venha a restringir direitos e garantias fundamentais, inerentes à nossa forma de Estado. No processo penal, forma é garantia logo, o Estado, em seu exercício do poder punitivo, deve necessariamente respeitar a legalidade estrita, delimitada, visto que, se assim não o fizer, se insurgirá como abusivo e ilegítimo. Nesse contexto se insere as lições de Aury Lopes Jr.<sup>46</sup>:

“No processo penal, não existem medidas cautelares inominadas e tampouco possui o juiz criminal um poder geral de cautela. (...) No processo penal forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado à partir do estrito respeito às regras do devido processo legal. E, nesse contexto, o Princípio da Legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, posto que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.”.

A base principiológica é demasiada importante para interpretação e admissão de uma prisão cautelar, que pressupõe a inexistência de sentença condenatória transitada em julgado, conviver sem contrassenso com a garantia fundamental do princípio da inocência, naturalmente limitadora da prisão cautelar. Conforme apresenta o ilustre autor Nicolitt<sup>47</sup>, a presunção de inocência é a regra e a prisão cautelar um instrumento excepcional a serviço da efetividade da jurisdição.

---

46 Op. Cit. Aury Lopes Jr., p. 58 e ss.

47 Op. Cit. Nicolitt, p. 417.

Como princípio norteador ou até mesmo uma das características das cautelares, a partir da visão de Aury Lopes Jr.<sup>48</sup>, inicialmente se faz presente a jurisdicionalidade, o que significa que toda prisão cautelar só poderá ser decretada por ordem judicial, devidamente fundamentada pelo juiz natural competente. Se assim não for, a prisão será ilegal, sendo necessária seu imediato relaxamento.

Logo em seguida aparece o Princípio da Provisionalidade, assegurando que as medidas cautelares são situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática, que caso desapareça deve dar lugar à liberdade do imputado, estando essa lógica presente no art. 316, do CPP/41, *in verbis*: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Já em relação ao tempo efetivo de manutenção da cautelar, manifesta-se o princípio da provisoriedade, afirmando que toda prisão processual deve(ria) ser temporária e de breve duração, por ser somente tutela de uma situação fática e nunca poder ser considerada ou tida como adiantamento de pena.

Entretanto, o grande problema das cautelares no Brasil é justamente a indeterminação da duração da prisão (exceto a prisão temporária, conforme Leis 7.960/89 e 8.072). Vale repisar que a excepcionalidade, como princípio muito relevante, traduz as cautelares como *ultima ratio* do sistema.

Por fim, aparece a figura do Princípio da Proporcionalidade, que irá balizar o juiz e o caso concreto, com a necessária ponderação da aplicação da cautelar com a finalidade pretendida, ressaltando-se as eventuais consequências penais de uma condenação, como por exemplo, se o crime cometido suportaria privação da liberdade ou outra medida menos gravosa.

Paulo Rangel<sup>49</sup> acrescenta duas características ao rol apresentado acima. A primeira seria a acessoriedade, já discutida no bojo do presente trabalho, afirmando que a medida cautelar segue a sorte da medida principal, e uma vez ocorrendo o resultado no processo principal, a cautelar perde sua eficácia. enquanto a segunda seria a questão da

---

48 Idem, Aury Lopes Jr., p. 99 e ss.

49 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

instrumentalidade hipotética. A medida cautelar serviria como instrumento, modo e meio para se atingir a medida principal, posição essa igualmente defendida por Piero Calamandrei.

## 2.2 As cautelares prisionais como última medida a ser aplicada (*ultima ratio*)

As medidas cautelares têm como característica primordial a excepcionalidade, ou seja, elas não são aplicadas a todos, indistintamente, tampouco podem ser encaradas como regra no processo penal. Principalmente em razão de a liberdade ser característica inerente ao indivíduo, e sua privação ser rara e necessariamente fundamentada nos preceitos do Estado Democrático de Direitos.

Deste modo, são medidas extremas e que só devem ser aplicadas em último caso, como *ultima ratio*, até porque o sistema carcerário do país é desumano e degradante, devendo-se, assim, ponderar seriamente, em virtude do asseguramento de condições mínimas individuais e sociais, a inserção de um cidadão nessas condições, que por muitas vezes é desnecessária. Infelizmente, a máquina jurídica estatal brasileira é em demasiado repressora e abundantemente desconfigura o elemento externo do princípio da inocência, publicizando prisões e servindo de alimento para a mídia sensacionalista que esmaga toda a sociedade e desconhece os trâmites processuais penais.

Aury Lopes Jr<sup>50</sup>. leciona que:

“A excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso’”.

Acertada e brilhantemente, Ferrajoli, conforme cita Aury Lopes Jr. em sua obra <sup>51</sup>,

“afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. Ademais, diz o autor (Ferrajoli), se fosse verdade que eles não tem natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência) e não como é hoje, em que o preso cautelar está em situação pior do que a do preso definitivo (pois não tem regime semiaberto ou saídas temporárias)”.

Aury lopes Jr<sup>52</sup>. traz as lições de CARNELUTTI, o qual explicita que:

---

50 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 66. Apud FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, pp. 776 e ss.

51 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 66 e ss.

“as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justiça, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também pode ocasionar-lhe um mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!”

Mais uma vez sob a ótica da opinião pública, as prisões cautelares são verdadeiras “respostas” ao ato ilícito, é como se faz justiça rápida e eficazmente, construindo nada mais do que uma ilusão da celeridade e eficácia do estado repressor e da justiça que ele propõe. Assim, a ordinariedade das prisões cautelares configura sua deslegitimidade e é vista com bons olhos pela população juridicamente leiga, sem saber que o que realmente está sendo feito é o cerceamento da liberdade individual de cada componente da sociedade e não somente da pessoa presa. Por oportuno, destacamos o seguinte texto elaborado por Bertolt Brecht:

“Primeiro levaram os negros  
Mas não me importei com isso  
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários  
Mas não me importei com isso  
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis  
Mas não me importei com isso  
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados  
Mas como tenho meu emprego  
Também não me importei

Agora estão me levando  
Mas já é tarde.  
Como eu não me importei com ninguém  
Ninguém se importa comigo...”

O sistema cautelar brasileiro, conforme lição de SCHIETTI, citado por Aury Lopes Jr.<sup>53</sup>, tem sua complexidade, lamentavelmente, reduzida a: ou o acusado responde ao

---

52 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 67. Apud CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. v. II. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Editora Bosch, 1950, p.75.

53 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 132 e ss. Apud SCHIETTI MACHADO CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 8 e ss.



processo com total privação de sua liberdade ou então faz jus ao direito à liberdade provisória. Daí surge a banalização da prisão preventiva ou o sentimento de impunidade em razão da liberdade sem ou com insatisfatórias restrições.

Não obstante, é imperioso demonstrar que é completamente possível obter os mesmos efeitos da prisão cautelar por meio da utilização de uma medida cautelar alternativa, já prevista e delimitada em lei, não impondo, portanto, o indivíduo a uma situação degradante (que é a submissão à prisão) de maneira desnecessária.

Não devemos tomar posições extremistas, como a opinião pública já faz, e defender a abolição das prisões cautelares ou a não intervenção do estado no *jus puniendi*. Entendimentos absolutos são perigosos e em sua larga maioria equivocados.

O que se faz necessário é uma ponderação efetiva entre o princípio da inocência, com sua vinculação necessária a garantia do *status libertatis*, e o também direito e garantia de segurança pública, podendo culminar, em último caso, no *jus puniendi* estatal. É necessário buscar sempre uma intervenção estatal sem abusos e exageros, cumulada a um máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Essa é a proporção ideal para manutenção saudável de um Estado Democrático de Direitos.

A prisão não pode ser considerada, sob pena de seu desvirtuamento, um recurso fundamental ao deslinde do processo, que reúna as finalidades da pena: retribuição, prevenção – geral e especial – e ressocialização, uma vez que essa concepção não se apresenta no plano fático. Portanto, a prisão cautelar só deve ser aplicada em último caso, e somente se for verificada a impossibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da referida prisão, em consonância com os direitos e garantias fundamentais, como as dispostas no art. 319 do CPP/41, *in verbis*:

CAPÍTULO V  
DAS OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES  
(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 319. “São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§§ 1.º a 3.º (Revogados pela Lei nº 12.403, de 4-5-2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”.

Como ilustração dos malefícios escancarados que a prisão pode apresentar, tem-se a entrevista concedida pelo então presidente do STF, Gilmar Mendes, ao Jornal Folha de São Paulo, gerida pela jornalista Mônica Bergamo, em 09/12/2012, nos termos que destacamos:

Folha: Quando presidiu o STF e o CNJ, em 2008, o senhor organizou mutirões carcerários e visitou presídios em todo país. O que encontrou?

Gilmar: Um quadro de desmando completo (presídios), de abandono, de pessoas amontoadas. O preso está mal, com problema de saúde, ele é colocado fora da grade, mas deitado no chão. No presídio de Pedrinhas, no Maranhão, encontramos um sujeito com o ventre aberto. No Espírito Santo, presos estavam em contêiner. Os de cima faziam necessidades nos que estavam embaixo.

Folha: O que mais os mutirões carcerários revelaram?

Gilmar: Em cerca de um ano, detectamos algo como 22 mil presos há três, quatro, sete anos, sem inquérito concluído. No Ceará, encontramos uma pessoa presa há 14 anos sem julgamento. Há aqueles que já cumpriram a pena e estão esquecidos nos presídios.

Folha: E que explicação o juiz dá?

Gilmar: Sempre se diz que é um problema de falta de infraestrutura. Terceiriza-se a responsabilidade. Mas hoje nós não podemos dizer que os juizes não têm responsabilidade sobre o caos do sistema prisional. No CNJ, verifiquei que nós tínhamos juizes da execução penal que nunca tinham visitado um presídio.

Mas é a obrigação deles.

Talvez isso seja a concretização dessa pré-compreensão negativa que a própria sociedade tem em relação aos presídios. Isso talvez contamine a ideologia e a percepção do próprio juiz.

Folha: Lugar de bandido é na cadeia.

Gilmar: A mensagem, em geral, é a do endurecimento. Nada contra. Mas isso dá uma ilusão de ótica para a sociedade. Não é a resposta adequada a todas as mazelas. O sistema de segurança pública é mais complexo. Não basta colocar o sujeito no presídio. Ele pode ser solto no momento seguinte, porque o juiz não deliberou e houve excesso de prazo, por exemplo. E aí, na comunidade, a repercussão negativa é enorme. A justiça criminal envolve o Ministério Público, a Defensoria Pública, o sistema prisional, a polícia. É por isso que eu digo: nós temos que olhar as árvores e a floresta. O sistema é de uma disfuncionalidade completa. É preciso um freio de arrumação, uma “concertación”, um grande mutirão institucional nessa área. Nós temos aqui também o retrato do Brasil: é o caos, graças à má gestão.

Folha: O Estado é o caos na hora em que vai fazer Justiça.

Gilmar: Com certeza. A grande prioridade hoje em matéria de continuidade da reforma do Judiciário deveria ser a justiça criminal, como um tema de direitos

humanos e de segurança pública. Quantos inquéritos ficam sem conclusão no país? Em Alagoas, encontramos 4.000 homicídios sem sequer inquérito aberto.  
Folha: A Justiça é injusta.  
Gilmar: De todo lado nós temos injustiça aqui.”

Por todo o exposto, é notória a gravidade da submissão ao cárcere, sendo essencialmente necessário o entendimento da prisão cautelar como última medida a ser aplicada, e, caso ocorra, é imperioso observar sempre sua duração razoável e a devida manutenção dos requisitos que legitimaram tal medida, posto que uma vez expirados, interrompe-se a privação da liberdade.

## 2.3 Os requisitos para prisão preventiva e temporária

### 2.3.1 Prisão preventiva

O instituto da prisão preventiva está previsto no CPP/1941, apesar de seguir contornos por vezes inconstitucionais, conforme expõe o art. 311, *in verbis*:

CAPÍTULO III  
DA PRISÃO PREVENTIVA

(Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

Art. 311. “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

A partir da leitura do diploma legal acima, é necessário ressaltar que a decretação de prisão preventiva *ex officio* pelo juiz viola a CRFB/1988. É imperioso assegurar o pressuposto do Estado Democrático de Direito, materializado na imparcialidade do julgador diante da condução de ação penal.

Faz-se necessário um verdadeiro alheamento do juiz, sob pena de adentrar em um contexto inquisitivo, desvirtuando totalmente a opção do constituinte de 1988 pelo sistema processual penal acusatório. O juiz jamais pode ser gestor da prova (papel do Ministério Público), mas tão somente seu destinatário direto.

A figura de um juiz instrutor nos remete inteiramente a um sistema processual penal inquisitório, que graças às garantias resguardadas atualmente, foi superado no contexto brasileiro. Não podemos igualmente permitir a distorção gravíssima de uma situação em que o Ministério Público tenha requerido a prisão preventiva, acolhida e decretada pelo juiz que participou do momento investigativo, eis que incorreríamos no mesmo afastamento da imparcialidade do julgador.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>54</sup>, a prisão preventiva é sem dúvida a mais importante das prisões cautelares, formando a própria espinha dorsal do sistema cautelar. Devemos concordar com o autor, ao passo que a medida em questão denota real cautelaridade e aparato constitucional.

No momento de análise do juiz sobre a prisão preventiva, na visão de Cirilo de Vargas, conforme cita Aury Lopes Jr.<sup>55</sup>, é imperioso considerar que:

“o crime é ação a que se juntam os atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Logo, ‘não haverá prisão preventiva sem a prova desses três elementos: bastaria, no entanto, que o juiz se convencesse da inexistência do dolo, para não decretá-la’”.

A prisão preventiva, segundo Arturo J. Zavaleta, citado por Paulo Rangel<sup>56</sup>, possibilita o aprisionamento de um inocente antes de sua possível declaração de culpa em sentença definitiva, em razão da necessidade.

A comprovada e não alegada necessidade é o que fundamenta a existência da prisão preventiva. Na verdade, não só da prisão preventiva, mas de toda e qualquer prisão antes da pena. No caso da prisão preventiva, a necessidade será verificada na análise dos pressupostos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

A medida cautelar em questão deve ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, conforme os ditames do Estado Democrático de Direitos, a partir de requerimento do Ministério Público, da autoridade policial ou do querelante (mais nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, já que ocupa posição análoga à do MP, e os crimes não são de menor gravidade, como na ação penal privada).

É importante destacar que a simples indicação do diploma legal ou da abstrata do delito não garantem fundamento à decisão, sendo necessária avaliação conforme cada caso, respeitando a individualidade do processo.

Como requisitos da prisão preventiva estão elencados: *fumus commissi delicti* – aliado ao juízo de probabilidade de tipicidade, ilicitude e culpabilidade – além do *periculum libertatis*.

---

54 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 99.

55 Idem, Aury Lopes Jr. p. 106 e ss. Apud CIRILO DE VARGAS, José. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*, p. 120.

56 Op. Cit. Paulo Rangel. p. 404 e ss. Apud ZAVALETA, Arturo J. *La Prisión Preventiva e La Libertad Provisoria*, Editora Arayú, Buenos Aires, 1954, p.110.

Quanto ao *fumus commissi delicti*, ou seja, a verossimilhança da alegação de cometimento do delito, na visão de Aury Lopes Jr.<sup>57</sup>, é uma suposição que traça uma previsão sobre o que deverá acontecer, baseada na investigação dos fatos ocorridos. É simétrico ao *fumus boni iuris* do processo civil, sem ser equivalente a ele, estando a paridade na possibilidade de realização de prospecção e não na gênese do conceito em si.

Já o *periculum liberatatis*, é encarado como o perigo consequente ao estado de liberdade do acusado, ante ao risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal (tutela da prova) bem como asseguramento da aplicação da lei penal, conforme se extrai do texto do art. 312, caput, do CPP/1941, *in verbis*:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Porém, se ater ao referido diploma legal é atentatório ao estabelecido na CRFB/1988. Não podemos permitir que garantia da ordem pública e econômica sejam preceitos ensejadores ao cárcere. Garantia da ordem pública é um conceito demasiadamente vago e indeterminado, diretamente ligado ao “clamor público”, como diz Aury Lopes Jr.<sup>58</sup>, de crime ensejador de abalo e comoção social, perturbando a “tranquilidade”, bem como a “credibilidade da justiça”. Aury Lopes Jr.<sup>59</sup> também explicita que:

“As medidas cautelares não se destinam a ‘fazer justiça’, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional”.

As medidas cautelares pessoais no processo penal devem ser utilizadas como medidas assecuratórias do processo de conhecimento, garantindo a sua efetividade e a eficácia de um ulterior provimento jurisdicional de mérito. Todavia, conforme demonstra Aury Lopes Jr.<sup>60</sup>, a prisão cautelar fundada na “garantia da ordem pública” tem origem na Alemanha

---

57 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 105

58 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 109.

59 Idem, Aury Lopes Jr. p. 148.

60 LOPES JR., Aury. O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91.

nazista da década de 30, quando se buscava expressões abertas e imprecisas, que pudessem ser utilizadas como fundamento para prisão de pessoas contrárias ao sistema.

O intuito era obter uma autorização geral e abstrata para prender. A intenção maior, naquele período histórico, era a de fazer do Direito Penal um mecanismo de manipulação de massas, de imposição de vontades e de repressão social.

Segundo Gustavo Badaró <sup>61</sup>, a ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia a ordem pública” evidencia-se um sério risco a liberdade individual, pois permite incluir as mais diversas situações nesse conceito, escorando, destarte, a atuação arbitrária do Estado que, com ela, passa a ter uma “carta branca” para prender, livrando-se das amarras que a fundamentação empírica lhe exigiria.

No Brasil, o fundamento da “garantia da ordem pública” foi inserido no sistema jurídico na redação original do Código de Processo Penal, editado em 1941, época em que o nazi fascismo estava em alta e a Segunda Guerra Mundial no seu auge. A partir daí infere-se que a importação deste instituto para o direito brasileiro se deu com a mesma finalidade da sua criação: conceder ao Estado um mecanismo que lhe permitisse retirar do convívio social todas as pessoas que lhe representassem um risco, independentemente do fato a elas imputado.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros, malgrado ainda aceite o fundamento da “garantia da ordem pública” para a decretação de prisões cautelares, pacificou o entendimento de que ele somente seria admissível para a demonstração do *periculum libertatis*. Exige-se do magistrado uma fundamentação escorada em dados concretos que demonstrem que o *status libertatis* do acusado esteja colocando em risco a sociedade ou o correto desenvolvimento do processo, não se admitindo a adoção de fórmulas genéricas e abstratas, descontextualizadas da hipótese em julgamento<sup>62</sup>.

Aury Lopes Jr.<sup>63</sup> ainda assevera que:

“‘Conveniência’ é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade,

---

61Op. Cit. Badaró. p. 733.

62 Todos os dados foram obtidos em consulta ao I Seminário de Justiça, Processo e Direitos Humanos, da Universidade Católica de Petrópolis, de 2015.

63 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 110.

necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado”.

Deste modo, é necessária prudência na utilização de nomenclaturas, a fim de não desvirtuar o objeto abordado e descaracterizar a medida cautelar. A tutela da prova deve visar a maior cientificidade da investigação e a coleta de indícios. Ressalta-se também que, apesar da constitucionalidade do instituto, existem distintas formas e mecanismos que viabilizem a coleta da prova de maneira segura e com custo (social e para o imputado) infinitamente menor que o de uma prisão cautelar, nas lições de Aury Lopes Jr<sup>64</sup>.

Já em relação ao asseguramento da aplicação da lei penal, ou seja, ao combate do risco de fuga, é necessária precaução quanto à fundamentação da medida, uma vez que se deve afastar a mera presunção, e trazer a tona somente o vínculo com a realidade fática e probatória, ponderando sempre a real necessidade e proporcionalidade de sua implementação.

Por fim, vale destacar que a banalização e distorção dos conceitos de conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, apesar da viabilidade na aplicação eis que são constitucionalmente cautelares, exigem freios, para não servirem aos mandos e desmandos do aparato social e judicial.

### 2.3.2 Prisão temporária

A prisão temporária é originariamente uma prisão cautelar fundada na satisfação dos interesses da polícia, permitindo-se que ela disponha inteiramente do imputado sob o preceito de sua “imprescindibilidade para as investigações do inquérito”, até mesmo em razão da possibilidade do detido ficar preso na própria delegacia de polícia ao invés de se recolher a estabelecimento prisional. Aduzimos, portanto, que somente cabe prisão temporária na fase de inquérito, como se depreende do art. 1º, da Lei nº 7.960/89.

Além disso, Paulo Rangel<sup>65</sup> afirma que a prisão temporária possui um defeito genético, traduzido na sua criação ter se dado através de Medida Provisória (nº 111, de 24/11/1989), ou seja, o Executivo legislando sobre processo penal e direito penal – já que o art. 4º da Lei de Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89) criou um tipo penal na Lei nº 4.898/65 –,

---

64 Idem, Aury Lopes Jr. p. 128.

65 Op. Cit. Paulo Rangel, p. 431 e ss.

matérias que deveriam ser tratadas pelo Congresso Nacional, em razão de serem de competência privativa da União, conforme art. 22, inciso I, da CRFB/1988, in verbis:

Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre:  
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)”.

Pelo exposto, é patente o vício de iniciativa que traz a Lei de Prisão Temporária, que não foi sanado com a posterior conversão da medida em lei. Disto isto, é notória a inconstitucionalidade por vício formal pela iniciativa da matéria. Porém, nada foi feito por juízes e Tribunais e a lei segue vigente.

O grande problema da prisão temporária, na visão de Aury Lopes Jr.<sup>66</sup>, é a impossibilidade de se admitir que uma prisão seja imprescindível para investigar um fato, uma vez que a polícia deve ter informações e condições técnicas para efetivar investigação preliminar sem depender da prisão do sujeito. Ainda mais como sendo considerada substancial e inevitável necessidade, se imiscuindo incessantemente no ranço inquisitório do qual se deve desprender totalmente.

A cultura inquisitória, enraizada em nossa matriz, ainda é latente no sistema policial brasileiro, motivo pelo qual a prisão temporária, segundo Aury Lopes Jr.<sup>67</sup>, é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória, em que a confissão e a “colaboração” são os fins buscados, independentemente dos meios utilizados.

A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transfigurar em uma prisão com o objetivo de tortura psicológica, já que o preso está à disposição do inquisidor. Deste modo, cabe aos juízes enorme prudência e comedimento para aplicação deste instituto.

É a única prisão cautelar com prazo máximo estipulado, ou seja, encerrado o limite estabelecido em lei, o imputado deve ser imediatamente posto em liberdade, conforme art. 2º, §7º, da Lei nº 7.960/89, sob pena de configuração de abuso de autoridade, como elucida o art. 4º, inciso I, da Lei nº 4.898/65.

Além disso, independentemente de prazo fixado, realizada(s) a(s) diligência(s), a liberdade do indiciado deve ser concedida imediatamente, uma vez que esgotados os requisitos para concessão da medida. É também relevante frisar que, por óbvio, não cabe

---

66 Op. cit. Aury Lopes Jr. p. 150.

67 Idem, Aury Lopes Jr. p. 147.



instituição ou permanência da prisão temporária quando concluído o inquérito policial, já que desapareceria seu fundamento.

Assim como na prisão preventiva, a temporária deve obedecer aos requisitos necessários de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, na mesma medida. Salientamos que o rol previsto no art. 1º, inciso III, da Lei de Prisão Temporária, é taxativo, bem como se faz necessária a compilação dos incisos I e III da referida lei para ser possível a decretação da prisão, conforme doutrina de Aury Lopes Jr.<sup>68</sup>.

É necessário sublinhar que a prisão temporária se dirige ao agente suspeito de autoria ou participação em um dos delitos taxados, sendo inadmissível sua destinação para encarceramento de testemunha, vítima, ascendente, descendente, cônjuge etc. Até mesmo em razão de tipo processual próprio para colheita de depoimentos de cada personagem, conforme art. 218 do CPP/1941, por exemplo.

A título elucidativo, destaca-se que não é admitida prisão temporária em ação penal de iniciativa privada, já que o legislador somente legitimou a representação da autoridade policial e o requerimento do Ministério Público, conforme art. 2º, caput, da Lei 7.960/89.

Por fim, vale ressaltar que não há uma vinculação necessária à abertura de inquérito, uma vez que o instrumento é dispensável ao oferecimento da denúncia, restando tão somente a necessidade de uma investigação preparatória à ação penal, conforme aduz Paulo Rangel<sup>69</sup>.

## **2.4 As cautelares prisionais e a antecipação da pena**

Tragicamente, na realidade brasileira, ocorre uma verdadeira massificação e banalização das prisões cautelares, sendo a integridade do indivíduo completamente descartada em função da persecução irrestrita. Devido a esse caos, encontram-se incontáveis casos de pessoas presas cautelarmente sem qualquer suporte probatório legitimador da prisão, sendo primeiro colocadas nessa situação para então iniciar-se uma investigação sobre os fatos a ela imputados.

---

68 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 152.

69 Op. Cit. Paulo Rangel, p. 434.

Excesso de prazo da prisão cautelar e “esquecimento” do acusado no cárcere por conta da falta de defensor, por exemplo, são realidades corriqueiras no sistema prisional brasileiro.

Atualmente não temos determinação concreta de limite temporal às prisões cautelares, salvo no caso da prisão temporária, conforme previsão específica em lei<sup>70</sup>. De qualquer forma, a provisoriedade da prisão cautelar está diretamente relacionada ao fator tempo, à tutela de uma situação fática específica, vedado seu imiscuir no cumprimento de pena.

A falta de definição em lei da duração máxima da prisão cautelar é temerosa, e deste modo, se segue somente no caminho de tentar cercear arbitrariedades no cômputo do prazo prisional, já que a norma processual não prevê expressamente sequer o dever de revisar a prisão periodicamente. O que é arriscado, pois a duração fixada à prisão cautelar pode ser enquadrada como excessiva em determinado caso concreto.

Por amor ao debate, ressalta-se que o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal<sup>71</sup>, que está tramitando no Senado Federal, expressa prazos máximos de duração da prisão preventiva, conforme o art. 546 do referido diploma legal. Deste modo, a proposta se enquadra na impossibilidade da prisão processual superar o limite de quatro anos, como descreve o art. 547, §2º do Anteprojeto. O que se configura como verdadeiro ganho sob a ótica processual penal democrática e um avanço no respeito às garantias fundamentais.

Conforme demonstra Aury Lopes Jr.<sup>72</sup>, as medidas cautelares pessoais são excepcionais e situacionais, além de, por óbvio, temporárias, no sentido de curta duração. Se não mais existirem o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, a prisão cautelar deve ser necessariamente revogada, sem imposição de qualquer outra restrição que vá além daquelas expressamente consagradas na legislação processual penal. Pois caso contrário, se configuraria a utilização da cautelar prisional como instituto responsável pela antecipação da pena.

---

70 Lei 7.960/89 c/c Lei 8.072. O cômputo de prazo seria de 5 dias, prorrogáveis, para os crimes descritos na Lei da Prisão Temporária e de 30 dias, também prorrogáveis, quando diante de crimes hediondos.

71 Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal.

72 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 60.

A prisão cautelar, segundo André Nicolitt<sup>73</sup>, “só é compatível com o Princípio da Inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois do contrário transforma-se em antecipação de pena”. É cediço que em nenhuma hipótese a medida cautelar pode ter outra função se não a de atacar o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Ademais, conforme o autor<sup>74</sup>,

“a medida deve ser concreta e individualmente fundamentada, não bastando a mera repetição do dispositivo legal, devendo ser indicado o fundamento fático (concreto), constante do processo, que autorize a decretação da prisão. A mera gravidade abstrata do delito não justifica a prisão”.

A incidência das prisões cautelares deve ser resumida ao mínimo necessário, sendo este mínimo estabelecido pelo princípio da inocência, quando impõe a vedação das prisões configuradas como antecipação de pena, conforme ensinamentos de Rosberg Souza Crozara<sup>75</sup>. O presente autor prossegue, afirmando que:

“O que precisa ser esclarecido é que a verdadeira tutela jurisdicional será originária do processo principal e não do provimento cautelar. É nesse sentido que conferir ao processo cautelar uma função de satisfação do direito material é usurpar a função de cautela, cujo conceito coincide com o de garantia.

(...)

A imposição de prisão cautelar precisa ser justificada em caráter instrumental, sem que a sua fundamentação derive de pressupostos próprios das sanções penais”.

Por fim, concluí-se que o emprego de uma cautelar prisional deve ser excepcional e necessariamente individualizado, e quando ocorrer, deve ser garantida as devidas precauções para que não se configure como uma verdadeira antecipação da pena.

---

73 Op. Cit. Nicolitt, p. 429.

74 Idem, Nicolitt. p. 430.

75 *O novo processo penal à luz da Constituição*: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal). Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 274 e ss.

### 3 A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PELA CORTE CONSTITUCIONAL

#### 3.1 As decisões do STF antes do julgamento do HC 126.292 e das ADCs 43 e 44

Os recursos são aspectos ou desdobramentos do próprio direito de ação e de defesa, sendo assim um direito subjetivo processual, nas lições de Nicolitt<sup>76</sup>.

A natureza jurídica dos recursos, conforme Aury Lopes Jr.<sup>77</sup>, presente a distinção entre eles e ações autônomas de impugnação (revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de segurança), é de uma continuidade da pretensão acusatória ou da resistência defensiva, de acordo com quem interpõe. É um importante instrumento de resistência defensiva na medida em que busca uma sentença favorável, enquanto não alcançado o provimento jurisdicional efetivo, ou seja, o trânsito em julgado.

A CFRB/88, que rege toda a atividade estatal, é fonte legal primária da execução penal. Como ressalta Magalhães Noronha, citado por Nicolitt<sup>78</sup>, o primeiro pressuposto da execução da pena é a sentença definitiva, entendida como a transitada em julgado (e não somente superada em segunda instância).

Na década de 90, conforme ressalta o Min. Dias Toffoli no julgamento das ADCs 43 e 44, em linhas opostas aos ditames constitucionais, a Suprema Corte entendeu que a pendência de REsp ou RE não impediria a execução provisória da sentença condenatória por interpretar que ambos os recursos não eram dotados de efeito suspensivo (HC nº 68.726/DF, Rel. o Min. Néri da Silveira).

Corroborando o posicionamento do STF frente à execução provisória da pena, conforme doutrina do Min. Gilmar Mendes<sup>79</sup>, destaca-se que em 1995 o STF entendia como cabível a execução da pena após julgamento pela 2ª instância.

---

76 Op. Cit. Nicolitt. p. 501.

77 Op. Cit. Aury Lopes Jr. p. 455 e ss.

78 Idem, Nicolitt. p. 553

79 MENDES, Gilmar. Artigo: a presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em: 10/05/2017.

No julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 71.959, da 1ª Turma, concluído em 03/02/1995, o paciente fora condenado pelo Tribunal de Justiça gaúcho por estelionato e apropriação indébita. O TJRS fez uso do art. 637 do CPP para determinar imediato cumprimento da pena. Invocando a presunção de inocência, o Min. Marco Aurélio concedia a ordem, para que o paciente aguardasse o julgamento de seu recurso extraordinário em liberdade. Contou com o voto em sentido contrário do Ministro Francisco. Ainda não havia sido nessa oportunidade que a democracia seguiria seus rumos próprios.

Passados longos anos de paralisia na efetiva aplicação dos direitos e garantias previstos em nossa Constituição, somente em 2009, o posicionamento da Corte Constitucional foi alterado, com o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, em 05/02/2009, sendo determinado por maioria do Pleno do STF que a prisão somente ocorresse após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Uma ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, em consequência, teria que ser demonstrada sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia constitucional traduzida no princípio da inocência.

Faz-se oportuno reproduzir um trecho da ementa do acórdão do julgamento de 2009:

“Ementa: Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Art. 5.º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil”.

Essa decisão, reconhecendo a inafastabilidade do Princípio da Inocência foi um avanço em termos democráticos.

Porém, a matriz inquisitorial brasileira se insurge, quando o Pleno do STF, novamente instado a se manifestar sobre o tema, em 2016, alterou por maioria de votos (7x4) seu posicionamento para admitir a execução provisória da pena mesmo que pendentes os recursos de natureza extraordinária, sob o fundamento de que não estaria comprometido o núcleo essencial do Princípio da Inocência porque o acusado seria tratado como se inocente fosse durante o curso do processo ordinário criminal (HC nº 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

Como parâmetro de análise das decisões em sede extraordinária, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. Isso sem discutir as decisões que são mantidas

em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores<sup>80</sup>.

Não se pode admitir a inversão da lógica descrita por Ferrajoli e considerar mais importante, em um Estado Democrático de Direito, assegurar a condenação de todos os culpados, mesmo ciente de que algum inocente não será resguardado como tal e também terá chances concretas de ser punido injustamente.

É, no mínimo, perigoso retroceder dessa forma, frear a evolução democrática e a necessidade de crescente asseguramento dos direitos e garantias fundamentais.

### **3.2 As decisões do STF após o julgamento do HC 126.292 e das ADC's 43 e 44**

Contrariando os avanços democráticos, o Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, em 17/02/2016, modificou, ou melhor, retomou a antiga orientação sobre a execução provisória da sentença após julgamento em segundo grau, anteriormente definida em pilares democráticos (em sede do julgamento do HC 84.078-7/MG, em 05/02/2009), caracterizando autoritarismo e a cassação de direitos e garantias fundamentais.

A partir de então, os tribunais inferiores implementaram decisões autorizando o início de cumprimento de pena, motivo pelo qual houve a impetração de medida cautelar buscando a suspensão dos respectivos cumprimentos até a decisão do STF confirmando ou reformando seu anterior entendimento. Na oportunidade, o Min. Marco Aurélio, relator das ADCs 43 e 44, entendeu por deferir as cautelares, suspendendo a execução antecipada de pena.

Pelo exposto, ao evidenciar controvérsia judicial, pressuposto de admissibilidade para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, foi ajuizada a ADC 43 – pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) – e a ADC 44 – pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Na conjuntura do julgamento das ADCs, o STF confirmou a modificação de entendimento apresentada no HC 126.292/SP, considerando como possível e válida a imposição da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

---

<sup>80</sup> Pesquisa disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html>. Acesso em: 08/05/2017.

A nova-antiga decisão corresponde às influências da cultura punitivista, enraizada no ordenamento jurídico brasileiro, e via de regra camuflada das melhores intenções. É arriscado mitigar direitos e considerar que dessa forma se reprime crimes.

O Min. Marco Aurélio, inclusive, vê a mudança de jurisprudência como oportunista, temporã, precoce, açodada, de modo que não demandou análise mais responsável e retilínea de todas as tangentes do novo velho entendimento.

Por oportuno, o STF ratificou as suas lamentáveis tendências e retrocedeu, mudando (retomando) seu posicionamento, passando a permitir a execução provisória da pena. Essa postura restringiu cabalmente o âmbito do princípio da inocência, previsto expressamente na CRFB/88, em seu art. 5.º, LVII.

Toda esta “interpretação” por parte do STF, que representa uma desconstrução dos direitos fundamentais, não é episódio único. O que nos aparece agora é o cenário do notável esgarçamento do que é democrático. Esperamos que as consequências destes atos não sejam irreversíveis, eis que apresentam força suficiente para serem.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, ao alterar o significado normativo do Princípio da Inocência, verdadeiramente recaiu em uma mutação inconstitucional do dispositivo (art. 5ª, LVII, da CRFB/88), ao extrapolar a extensão desse instituto jurídico, alterando o texto da norma, isto é, impactando sua literalidade.

Por vezes, ao se almejar determinado resultado hermenêutico, se empreende verdadeiras manobras interpretativas que, não raro, violam frontalmente a essência da norma.

A morosidade do Judiciário, seja por conta da sistemática ou devido ao excesso de processos, não poder servir de base para uma alteração da normatização constitucional que despreste o núcleo essencial. Alternativas existem, a exemplo de mudanças nas normas processuais que regulam o processamento dos recursos interpostos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o aumento do número de juízes, a virtualização do processo criminal em todo o país, etc. A mutação inconstitucional do art. 5ª, LVII, da CRFB/88, a conferir significado normativo absolutamente fora do seu núcleo essencial não é uma opção, apesar de se apresentar como o caminho mais “fácil”, menos moroso.

O STF ratifica este corolário de violências naturalizadas, e já havia apresentado este cenário com a naturalização do abuso das prisões provisórias, e atualmente, “apenas” declarou o sepultamento dos direitos e garantias fundamentais no julgamento do HC 126.292/SP e das ADCs 43 e 44.

É imperioso fazer-se entender que ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável, ou se declara de forma explícita a aversão aos custos de viver em um Estado Democrático de Direito. O STF vem demonstrando que a segunda proposição ganha cada vez mais força no ambiente jurídico-estatal pátrio.

A execução provisória da pena de prisão por um inocente, fruto da aniquilação de garantias fundamentais, gera vingança estatal e não justiça social. A justiça não pode padecer em prol do “bem estar social”.

É desgostoso perceber que depois de séculos e séculos de estudo e constatações fáticas estejamos voltando a questionar se vale a pena ou não pagar o preço da democracia. Regredir ao autoritarismo certamente não é uma opção sensata. A evolução social não decorre jamais do regresso aos tempos de vingança estatal.

Constatamos, porém, nos dias de hoje o avanço a passos largos na direção de regimes autoritários, uma vez que a inocência era a garantia de um importante freio a essa jornada, mas sua constante relativização é a condução ao retrocesso.

É latente o descompasso da função jurisdicional e a inversão ideológica, próprios do sistema inquisitorial. O STF deveria assegurar que o princípio da inocência não fosse apenas uma garantia de liberdade pública como também um valor fundamental, de segurança e confiança dos cidadãos na prestação jurisdicional, ao invés de violá-lo e inverter essa lógica.

A Corte Constitucional, frente ao sistema recursal, deve compatibilizar os interesses individuais e sociais que atravessam a persecução e a punição de possíveis autores de condutas criminosas, sem esquivar-se do imperioso respeito à Constituição, em nenhuma hipótese sendo possível a relativização dos seus conceitos taxativos.

É preciso inviabilizar a prática de devaneios autoritários. Não interessa se as empreendidos em nome do “bem” e da “segurança”. O que importa é o potencial que os argumentos representam para vulnerar a democracia e os direitos fundamentais, inerentes a ela.

O rompimento do STF com a nossa matriz inquisitorial só teve espaço em 2009, mesmo há muito sendo denegada por nossa CRFB, em 1988.

O que vivenciamos hoje é um verdadeiro retrocesso à época inquisitiva, na qual era permitido o afastamento de direitos e garantias fundamentais por mera indicação de relevância ao contexto social.



Não se pode permitir que os ditames que formam a base do nosso Estado Democrático de Direitos, ceda lugar à perseguição desenfreada e irrestrita, atendendo ao clamor social.

O único clamor social a ser observado e devidamente cumprido é na direção de cada vez mais avanço no que tange a proteção dos direitos e garantias fundamentais, e não verdadeiro retrocesso que estamos presenciando.

Não podemos permitir que o devido processo legal seja somente respeitado até o limite das vias ordinárias. As Cortes Superiores não podem se valer de qualquer prerrogativa para fomentar desrespeito a garantias e direitos.

Os argumentos de que é plenamente justificável a relativização e a inversão do Princípio da Inocência após julgamento dos fatos em segunda instância causa pavor. Relativizar direito e garantia fundamental não é conduta própria de um Estado Democrático de Direito. Seria novamente uma invasão à seara inquisitorial? Pode-se considerar um retrocesso ao fascismo e às matrizes que há muito se desvincularam? É doloroso pensar que os custosos esforços dos indivíduos em prol da evolução social tenham sido aniquilados pelo Tribunal garantidor (que deveria ser) das nossas bases democráticas, das nossas garantias fundamentais.

O apelo social legitima tais atitudes por, leigamente, os cidadãos acreditarem que a impunidade é o maior dos nossos problemas enquanto Estado, e que ela deve ser freada a qualquer custo. Mesmo que não percebam que estão legitimando sua própria sentença, sua própria submissão a um regime autoritário e inquisitivo.

As decisões do STF simplesmente reescrevem o art. 5.º, LVII, CRFB com atribuição de sentido que ultrapassa completamente o limite interpretativo legal e constitucionalmente admissível. Invalida o princípio da inocência e “reinventa” o trânsito em julgado, em prejuízo do acusado. Porém, é necessário reafirmar que comprovação legal da culpa é diferente de trânsito em julgado, já que só esse último põe fim à possibilidade de recorrer.

Existe um arcabouço histórico por trás do discurso que opõe a sociedade e seus inimigos. É a confirmação de um legado autoritário que demonstra que o utilitarismo empregado em nome de um suposto “bem comum” é indissociável de finalidades e regimes autoritários.

Francisco Campos na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 afirma que: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”<sup>81</sup>. Repisando que nosso CPP é de matriz fascista, imbuída por autoritarismo. O que vemos na realidade prática atual é justamente essa retomada autoritária, que se demonstra explícita a partir da análise comparativa do pensamento fascista e do que embasou a decisão do STF.

Ditames antidemocráticos se insurgem como legítimos através da relativização de liberdades individuais em nome do bem-estar social. Por mais que a massa apoie essa ideia, a história relata as atrocidades cometidas através de parâmetros similares, como no caso da Inquisição do século XIII, do extermínio dos judeus sob comando de Adolph Hitler, e até podemos citar a exposição de motivos do CPP como uma catástrofe autoritária.

Os direitos fundamentais, na perspectiva de Ferrajoli<sup>82</sup>, são o fundamento do Estado de Direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários. Logo, afastar tais direitos é o direcionamento para um regime autoritário.

O regime autoritário é característico por permitir a legitimação do ilegítimo como necessidade latente para as aflições socialmente enfrentadas, exatamente como se apresenta esse posicionamento do STF. O que se percebe é um distanciamento contínuo da conformidade constitucional do processo penal, mesmo com todos os esforços empregados para ocorrer o contrário.

O STF reafirmou o legado autoritário do processo penal, que há muito se tenta destruir, golpeando direito fundamental sob a alegação de “estar ouvindo a sociedade”. A diminuição do Princípio da Inocência é paritária à ideia de Manzini<sup>83</sup>, o que se pode considerar como preocupante.

---

81 Brasil. *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 349.

82 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. 2011. p. 906.

83 Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal: tomo I*. Buenos Aires: EJE, 1951. p.49.

Os juristas alemães Pieroth e Schlink<sup>84</sup> destacam que os direitos fundamentais têm uma função limitadora da margem de atuação e decisão do Estado, que fica imobilizado quando da intenção de uso arbitrário das suas competências.

Analisando a postura do STF para além do cunho autoritário, é nítida sua associação ao que se entende como ativismo judicial, isto é, recorrer à elasticidade dos princípios jurídicos para fundamentar o “decisionismo” do judiciário.

O ativismo judicial se traduz na “disposição dos integrantes das instituições de agir, de tomar iniciativas e de chamar para a si a responsabilidade pela implementação de direitos e pela solução dos grandes conflitos da sociedade”<sup>85</sup>. Configura-se como a atitude e escolha dos magistrados por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance<sup>86</sup>.

Nesta busca de soluções em situações controversas, ou ainda, envolvendo questões sociais, políticas, e morais consideradas polêmicas, o Judiciário invalida normas e legitima tal atuação como o melhor a se fazer para garantir o “bem comum”.

O esvaziamento do princípio da inocência, através do arbítrio e decisionismo judicial, compromete não só sua eficácia como também a sua efetividade, o que deveria ser inconcebível em um Estado Democrático de Direitos. Ponto este preocupante, uma vez que é notório o retrocesso e a assumida utilização de arbitrariedades, próprias de um sistema autoritário, inquisitivo. É latente a criação de um ambiente permeado por insegurança jurídica e o conseqüente comprometimento do ordenamento jurídico pátrio.

O direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um ajuste social. Deste modo, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estabelecida em lei. No momento em que o juiz é mais punitivista do

---

84 Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Lusíada. 2008. p. 23-4.

85 ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a justiça e a política*. In Lúcia Avelar e Antônio Octavio Cintra (orgs.), *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*, 2ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer e Unesp, 2004. p. 31.

86 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro: dez. 2010. p. 11.

que a lei, ele é injusto. Não cabe a ele acrescentar uma punição nova ao que já está determinado.

A não observância de tais preceitos ocasiona um poder magistral tirano, que sorrateiramente se apropria da opinião pública, esmagando o que julgar necessário para atingir seus objetivos, no caso os direitos e garantias fundamentais.

A própria Constituição não estabelece a competência de legislar para os tribunais, mas sim para os legisladores legalmente constituídos. Guardar a Constituição e interpretá-la não é sinônimo de reformulá-la, aplicando-a em sentido contrário à própria norma.

A atribuição legislativa deve seguir sua competência, a fim de evitar uma série sucessiva de invasão de domínios, a ponto de desestruturar a organização estatal desenvolvida até os nossos dias (dando ensejo a desordem). Tudo sob o pretexto de adequar a legislação às “novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos”.

As modificações das leis devem ser objeto de discussão dos próprios legisladores, para que seja então viável a expressa alteração legal.

As decisões no HC e nas ADCs são exemplos de ativismo judicial, uma vez que inexistem fundamentos jurídicos constitucionais que as sustentem. O que ocorreu foi a inversão da lógica constitucional, a tentativa frustrada de se valer de Constituinte Originário.

Há uma dimensão substantiva na nossa Constituição que não está suscetível de disposição, não pode ser convencionada pelas maiorias de ocasião. Garantias não são pontos relativizáveis.

De fato, a judicialização da política é, em última análise, uma consequência da difusão da jurisdição constitucional, sendo o Poder Judiciário encarado como concretizador último da vontade do constituinte.

O que se discute como ativismo judicial não é a interpretação constitucional, por vezes discricionária, mas sim a verdadeira afronta aos direitos e normas pré-estabelecidas pelo Constituinte Originário, travestida de interpretação, só que em uma alçada não permissível. Ressalta-se que essa “interpretação” não pode ocorrer em relação à Cláusula Pétrea ou previsões sem necessidade interpretativa.

Há a necessidade de cooperação sistêmica e não a permissividade da atuação do judiciário fora de seu campo de competência. A interação entre as instituições resulta em um maior grau de estabilidade e segurança em um contexto democrático.

A Corte Constitucional possui discricionariedade, no que tange a leis e dispositivos constitucionais não pétreos ou carentes de significado normativo, decorrente da evolução da hermenêutica constitucional, todavia deve ser constrangida por fatores de ordem político-institucional.

No curso que levou os princípios ao centro do sistema jurídico, foi necessário que eles conquistassem a qualidade de norma jurídica, superando a ideia de que detinham apenas uma função valorativa, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou imediata. O reconhecimento do princípio como norma ao ser analisada perante o ativismo judicial leva a um questionamento sobre a (in) segurança jurídica de tal atuação.

Não cabe a um tribunal, insatisfeito com a prática, violar a separação dos poderes e ignorar os dispositivos para elaborar a sua própria lei<sup>87</sup>.

Adentrado a discussão sobre a procedimentalidade dos recursos, temos o posicionamento do (falecido) Min. Teori Zavaski, aduzindo que as vias ordinárias procedimentais são o que delimitam o devido processo legal, diretamente vinculado ao duplo grau de jurisdição, o que não se estende às Cortes Superiores. Ou seja, nem o STJ tampouco o STF tem qualquer limite procedimental vinculado à proteção de direitos e garantias. O que vigora é a discricionariedade, mesmo que em detrimento à Constituição.

Não obstante, a Constituição não estabelece o limite às instancias ordinárias. Ela deixa expresso que o limite é o trânsito em julgado, ou seja, quando não há mais possibilidade de recorrer, quando da decisão não comporta recurso. Só neste momento é que se pode falar em cumprimento de pena, principalmente em prisão.

Fala-se muito na pretensão de suprimir o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário defensivos e antecipar a execução das penas porque, supostamente, não sendo “eficientes”, na forma como estão hoje protelariam o trânsito em julgado da condenação, sobrecarregando os tribunais superiores. Posicionamento que não condiz com a Emenda

---

87 PRADO, Geraldo. Artigo: Presunção de inocência: jurisprudência anotada - Execução provisória da pena. IBICRIM. Boletim 281. Abril/2016. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5742-Presuncao-de-inocencia-jurisprudencia-anotada-Execucao-provisoria-da-pena#\\_edn1](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5742-Presuncao-de-inocencia-jurisprudencia-anotada-Execucao-provisoria-da-pena#_edn1). Acesso em: 10/05/2017.

Constitucional 45/2004, que já afunilou sensivelmente a entrada desses recursos, por exemplo, com a repercussão geral.

A possibilidade que o ordenamento jurídico prevê de interposição de recursos – duplo grau de jurisdição, previsto no Pacto de São José da Costa Rica –, por vezes considerados “protelatórios”, quando se imiscui no modo de pensar inquisitivo, é em demasia questionada, pois pode permitir a evasão do condenado ao cumprimento da pena, já dominada em concreto, estimulando a prescrição dessa pretensão, ao passo que se insistiria em evitar o trânsito em julgado, não sendo preso e correndo de encontro à prescrição.

Contudo, a via eleita para a mudança do sistema processual penal brasileiro não é a tomada de decisões pelo STF. Se o sistema apresenta falhas e insuficiências, essas devem ser combatidas e veementemente atacadas por meio dos recursos cabíveis, enquanto regime democrático de direito. Ou seja, deve-se buscar a via legislativa, legitimada para tal na própria CRFB. E em hipótese alguma admitir a invasão antidemocrática do poder judicial, totalmente deslegitimado, para tomada de decisões.

Não podemos utilizar a teoria geral do processo indistintamente, uma vez que enquanto o processo civil se ocupa do ‘ter’, o processo penal lida como o ‘ser’. Deste modo, o conceito de trânsito em julgado não tem absolutamente nenhuma relação com o efeito recursal.

Esclarecendo, ainda, o Min. Marco Aurélio que o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário decorrem da própria CRFB, devendo as regras da Lei Ordinária, art. 637 do CPP, serem revistas à luz da Lei Maior.

Os recursos de defesa não podem ser considerados como óbice à punição, uma vez que objetivam encaminhar aos Tribunais Superiores pretensão cuja solução repercutirá no estado de inocência.

Num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil e dará lugar ao efficientismo repressivo.

Devemos compreender que o recurso aos Tribunais Superiores não é mera forma de buscar a uniformização da jurisprudência, mas sim um mecanismo de asseguramento, em *ultima ratio*, dos direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, correlata a figura da inocência, e o devido processo legal.

Como causa de espanto, o (falecido) Min. Teori Zavaski não afasta a possibilidade de ocorrerem equívocos nas instâncias ordinárias, mas os refuta com mecanismos próprios para promover-se o trancamento da execução provisória, como o próprio *habeas corpus*, ou a efetivação do efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário.

Ou seja, é a certeza de que o acusado é culpado e deve o quanto antes ser encarcerado, cabendo a ele a prova de sua inocência. A função do Estado não é tutelar seus direitos e suas garantias. Se ele achar que possui algum direito e que lhe seja assegurada alguma garantia, ele que prove.

O *onus probandi* é totalmente invertido. O juiz é o persecutor e a defesa que se desdobre para provar que a perseguição é desmedida, que não cabe ao caso, que o acusado é inocente. A garantia da inocência foi massacrada, e se faz cabível mais do que torcer para que ela seja forte o suficiente para aguentar e não desfalecer.

Corroborando com o exposto, o Min. Edson Fachin<sup>88</sup> esclarece que, para casos específicos, há instrumentos processuais também específicos para atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, e ao próprio *habeas corpus*. Deste modo, o Min. Deixa claro que a ruptura com um preceito fundamental que atinge a todos pode ser minimizada através de um remédio individual que tem como objetivo afastar a famigerada presunção de culpabilidade que se criou. Esse entendimento fere mortalmente a Constituição brasileira de 1988.

E continua o Min., sobre o art. 283 do CPP:

"Como dito, o art. 283 do CPP, em regra, exige o trânsito em julgado para a eficácia dos provimentos jurisdicionais condenatórios em geral. As regras do art. 637 do CPP c/c a dos arts. 995 e 1.029, § 5º, ambos do CPC, ao atribuir efeito meramente devolutivo aos recursos extraordinário e especial, excepcionam a regra geral do art. 283 do CPP, permitindo o início da execução quando o provimento condenatório for proferido por Tribunal de Apelação.

A afirmação da vigência e constitucionalidade do art. 283 do CPP, portanto, na minha ótica, em nada macula a conclusão a que chegou esta Suprema Corte quando do julgamento do HC 126.292/SP, razão pela qual mantenho meu entendimento naquele julgamento exposto."

O que se propõe é uma verdadeira alteração do art. 283 do CPP para indicar que ao invés de “sentença condenatória transitada em julgado”, a consideração passe a ser de “condenação penal em segunda instância”. Essa nova “interpretação” figura além dos limites.

---

88 Na oportunidade dos julgamentos das ADCs 43 e 44.

É a lógica de Manzini<sup>89</sup> ganhando novamente espaço, ao ponto que admitimos o pensamento de que já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, presumiremos logo que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Além disso, é imperioso ressaltar que a execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos.

Como consolo, o Pleno não é unânime e o Min. Marco Aurélio<sup>90</sup> emite a mesma visão que manifestou no HC 126.292. É contra a execução provisória, citando grande parte de seu voto no HC: "É dizer, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito."

E ainda defende que:

"Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento assentado na apreciação do habeas corpus nº 126.292: reverteu-se a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do Código de Processo Penal. Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se."

Para ele, o Princípio da Inocência é garantia vinculada, pela CRFB/88, ao trânsito em julgado, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comportaria questionamentos. Ainda crava que se trata de disposição de cláusula pétreia constitucional, preceito que nem mesmo o constituinte derivado, extensão do poder do povo, poderia alterar ou suprimir.

Infelizmente, para a democracia e para todos os indivíduos que compõe o Estado Democrático de Direito brasileiro, o posicionamento do relator, Min. Marco Aurélio, não saiu vitorioso e o que temos hoje é a configuração de um verdadeiro ataque aos preceitos constitucionais.

Essa retomada de posicionamento pelo STF deixou de lado que o texto constitucional é claro no sentido de que a sentença condenatória só pode ser executada depois do seu trânsito em julgado, ou seja, quando não exista mais possibilidade de recurso. Assim, se há recurso pendente de julgamento, a decisão, ainda que confirmada em segunda instância, não transitou em julgado e, portanto, não há possibilidade punição, vigendo o princípio da inocência.

---

89 Op. Cit. Manzini. p. 252.

90 Na oportunidade dos julgamentos das ADCs 43 e 44.



Para o Min. Edson Fachin<sup>91</sup>, o art. 5º, LVII, CRFB, deve ser interpretado em consonância com outros princípios e regras constitucionais, o que levaria ao entendimento de que não seria necessário o esgotamento das instâncias extraordinárias para chegar-se à possibilidade da execução penal do acórdão.

Porém, a questão que levantamos é de que, com o devido respeito, não há qualquer princípio ou regra constitucional que altere o sentido de trânsito em julgado. E a determinação do art. 5º, LVII, CRFB é totalmente clara no sentido de o princípio da inocência só admitir superação em caso de sentença penal condenatória transitada em julgado.

O Min. entende que não se deve transformar o STJ e STF em terceiro e quarto graus de jurisdição, que é o que acontece com a exigência do trânsito em julgado das decisões para o cumprimento da pena, e que isso não era a vontade do constituinte originário.

Outra uma vez, o STF se coloca na posição de constituinte originário ou mais, afirma dialogar com ele. Porém, a vontade do constituinte originário está clarividente no dispositivo constitucional, não abrindo margem para discussão ou questionamentos, seja do STF, seja de quem for.

A tentativa de diferenciar “ninguém será considerado culpado” de “ninguém poderá ser preso” é desmedida, já que ignora o fato de que, para o Direito, ser preso no sentido de “cumprir pena” pressupõe necessariamente que o condenado já seja considerado culpado.

A consideração do trânsito em julgado é uma só, não admite desdobramentos entre situação fática e situação jurídica. Transitar em julgado é única e exclusivamente esgotar as vias recursais, sem distinção entre ordinária e extraordinária. Se há recurso pendente de julgamento (mesmo que em instância extraordinária, eis que a CRFB/88 não fez diferenciação), não transitou em julgado.

Entende-se que a proporcionalidade e a razoabilidade tornaram-se aliadas às discricionariedades e às decisões subjetivas, principalmente quanto ao STF, na medida em que se admite sua disposição aos intérpretes, permitindo que os juízes incorram em verdadeiro juízo de valor. Deste modo, impera-se a discricionariedade irrefreada.

Passando a discussão sobre Direito Comparado, é evidente sua relevância para o Poder Legislativo no momento de criação de novas soluções para o sistema jurídico vigente,

---

91 Na oportunidade dos julgamentos das ADCs 43 e 44.

ou então para debater política criminal e discutir quais medidas podem ser mais úteis ou eficazes. Entretanto, a relevância despenca se o tema em discussão for a interpretação do próprio sistema constitucional brasileiro.

Nossa Constituição prevê a presunção de inocência até o trânsito em julgado, por mais que outras Constituições assim não determinem. Essa é uma especificidade que impede o paralelismo, uma distinção insuperável.

O nosso país, local em que as decisões sobre cumprimento provisório de pena estão sendo tomadas, em que o STF se encontra, que detém a CRFB/88, que é marcado por lutas políticas, exige mais do que dois graus de jurisdição para alcance da efetividade de uma decisão criminal.

A não adequação do direito comparado ao direito brasileiro só se extingiria com a promulgação de uma nova Constituição, que não é o caso. Os Ministros do STF não deveriam perder de vista que a Constituição não é figura decorativa e que ela existe no nosso ordenamento jurídico para ser respeitada, não é a toa que é considerada a Lei Maior, o pilar de construção do direito positivado.

Alterar os preceitos fundamentais com base em como outros países encaram nossa legislação é uma maneira equivocada de lidar com a questão.

O Min. Luís Roberto Barroso entende que a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência. Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita.

O que quer dizer então que a vontade do constituinte originário não passa de baliza interpretativa, que pode ser facilmente transposta? Pensemos: não deveria tal aspiração limitar a discricionariedade do judiciário, do legislativo e até mesmo do executivo? Mas é claro que deveria! Não podemos admitir que os preceitos elencados pelo constituinte originário sejam meros bonecos que brincamos e depois deixamos de lado.

São condicionantes, são limitadores, são para serem seguidos, independentemente da vontade interpretativa individual do membro do judiciário.

O modelo brasileiro de inocência não pode ser comparado a outros cujos fundamentos constitucionais são distintos. Por exemplo, a culpabilidade no direito norte-americano é fática, já no brasileiro é jurídica, condicionada ao trânsito em julgado da sentença

condenatória. Há razões históricas para cada tratamento. Não podemos simplesmente entender todos os ordenamentos jurídicos como iguais.

As previsões constitucionais brasileiras devem ser interpretadas em conformidade com o sistema pátrio, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Direito pátrio.

O STF tem total autonomia para discordar do conteúdo da Constituição, considerando-o ruim ou inadequado a determinados fins. O que não pode fazer é ignorá-lo ou negar-lhe vigência com base em uma concepção intimista do que seria melhor para o sistema penal e processual penal brasileiro.

As disposições constitucionais não são lembretes, recados para o legislador. São normas jurídicas, dotadas de imperatividade. Elas vinculam os Poderes Públicos, aí incluído o Poder Judiciário e suas decisões.

É demasiado perigoso o discurso de “proteção da sociedade” sem qualquer freio ou ressalva, à custa de direitos e garantias inerentes a todo cidadão. Inconcebível se faz a perseguição de alguns em detrimento do todo, tomando como certo o esfacelamento de um processo longo e penoso que foi a construção do Estado Democrático de Direitos em nossa realidade enraizada de autoritarismo e de supressão de direitos.

As pessoas se habituem a considerar como correto, legítimo e válido o que lhes é imposto às escuras, sob a égide de proteção, de tutela. Até que se deparam com a violação como parte de sua realidade e aí já é tarde demais para se questionar, para deslegitimar os absurdos. É preciso abominar o autoritarismo desde sua essência, sob pena de não se ter forças para combatê-lo após permear o pensamento coletivo, social. A realidade deve ser escancarada agora, enquanto ainda podemos enxergá-la.

O descrédito populacional ao sistema de justiça e a interposição protelatória de recursos não pode ser motivo para a transformação do garantismo jurídico penal em justiça penal baseada em mitigação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a transformação/pacificação social não acontece meramente com a utilização de normas sem a combinação com políticas sociais realmente efetivas.

Além disso, somente a possível consagração de culpa não é meio hábil para encarcerar alguém, sob pena de violação de direitos causando danos irreversíveis à honra, dignidade humana e ainda possivelmente à sua integridade física; direito estatuído na CRFB/88.

Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio<sup>92</sup> traz à tona a problemática da questão da superlotação dos presídios, o que, por óbvio, seria ampliado diante da possibilidade de se antecipar o cumprimento da pena para momento anterior ao trânsito em julgado. Ou seja, a mutação inconstitucional potencialmente enviará um grande número de pessoas ao cárcere, onde, segundo o próprio STF, os direitos e garantias individuais são aniquilados. Com efeito, o Ministro cita a ADPF 347 MC/DF, comentando:

"Naquela oportunidade, constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal em automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos."

Pelo exposto, ressaltamos que na oportunidade do julgamento das medidas cautelares requeridas na ADPF em questão, o STF explicitou que a estrutura das prisões brasileiras corresponde a um estado de coisas inconstitucional, com a inerente violação dos direitos fundamentais dos presos. Não podemos assistir inertes a efetivação desse cenário, mesmo diante do fundamento mais convincentemente empregado. Nosso papel é lutar pela democracia e salvaguardar os direitos e garantias arduamente conquistados.

### **3.3 A indecidibilidade acerca de Cláusula Pétrea**

Inicialmente, é imperioso destacar que o *corpus* teórico que constitui o Direito Processual Penal é historicamente construído, descabendo sua transformação inadvertida a partir de um desenho social passageiro e distorcido.

A partir dessa breve análise, percebemos que se nem os conceitos gerais e abstratos podem ser objeto de interpretação discricionária, quiçá os preceitos pétreos da nossa Carta Maior seriam passíveis de análise. As cláusulas pétreas estão presentes no nosso ordenamento para serem observadas, independentemente de interpretação dos juízes tampouco de clamores sociais.

A pretensão punitiva do Estado não pode se sobrepor aos princípios pétreos, não em nosso Estado Democrático de Direito, sob pena de serem mitigadas as conquistas adquiridas através da luta pelos ideais pátrios. Conquistas essas implementadas no nosso ordenamento jurídico através da CRFB/88.

---

92 Na oportunidade dos julgamentos das ADCs 43 e 44.

Enquanto não houver eleição de novos constituintes originários para elaboração de uma nova constituição, o Princípio da Inocência não pode, em hipótese alguma, ser relativizado, muito menos reinterpretado em prol do que quer que seja. É imutável, é pétreo.

Ainda que se tratasse de uma norma-princípio sujeita à ponderação, o que nem de longe representa a realidade, o argumento da impunidade (por mais que seja uma impunidade seletiva) não é um argumento jurídico mas sim fático. Trata-se de política criminal, que justifica a mudança do sistema pela via da alteração das leis existentes, mas jamais o afastamento ou restrição de normas definidoras de direitos fundamentais.

O Poder Legislativo não é autorizado a relativizar, ou pior, reduzir a proteção de direito fundamental, tampouco o Poder Judiciário, que possui legitimação democrática ainda menor.

O Min. Celso de Mello evidencia que a CRFB/88 foi promulgada com bases genuinamente democráticas elevando os direitos e garantias fundamentais a outro patamar, ao nível de Cláusulas Pétreas, não podendo ser alteradas por devaneios de quaisquer dos Poderes:

“Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral.”

Reitera que ninguém, nunca, poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado do feito, independentemente de qualquer coisa ou questão. A CRFB/88 é mais que clara ao pontuar o Princípio da Inocência, não deixando brecha interpretativa.

Eliminar uma cláusula pétrea é aniquilar o sistema constitucional, uma vez que retira seu substrato, sua possibilidade de subsistência.

Para o Min. Marco Aurélio, o preceito de Inocência da CRFB/88 não permite interpretações, como aduz:

“Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.”

Em sua visão, a decisão da Corte Constitucional se equipararia à promulgação de uma Emenda à CRFB/88, o que seria impossível, frente a direito e garantia fundamental, Cláusula Pétrea, conforme art. 60 da Lei Maior.

O poder reformador é dotado de prerrogativa em demasiado superior a do STF, pois lhe é autorizado modificar a Constituição quase que inteira, com exceção das cláusulas pétreas. Porém, mesmo com toda essa faculdade, o poder reformador não está autorizado a eliminar direitos fundamentais. Deste modo, seria incongruente permitir que o Supremo Tribunal Federal pudesse fazê-lo.

O principal objetivo do Princípio da Inocência, sua base consagradora, é exatamente impedir que alguém seja considerado culpado (e, por consequência, tenha a sua liberdade restringida) antes de esgotados todos os recursos cabíveis.

Se o poder constituinte, ao definir um direito fundamental, fixou uma proibição (no caso em tela, a de considerar alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória), não pode o STF relativizá-la com base no clamor popular pelo fim da impunidade. As garantias inscritas no texto constitucional não estão na esfera de disponibilidade do legislador, muito menos do Poder Judiciário, descabendo a esse último afastá-las em nome da moralidade ou da eficiência na aplicação das sanções penais.

A norma constitucional, em nenhum momento, fez a ressalva de que o Princípio da Inocência somente teria lugar até a possibilidade de discussão da matéria probatória e fática. É uma norma de eficácia plena, que não é passível de limitação.

O ordenamento jurídico brasileiro e toda a sua base principiológica têm sido utilizados para legitimar arbitrariedades e abusividades contra os direitos fundamentais.

O STF não pode se colocar no lugar do Poder Constituinte Originário, sobretudo quando isso significar retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, seja a que pretexto for. Retrocessos dessa monta não são suportados em um Estado Democrático de Direitos.

Apesar de não ter sido modificada a literalidade do art. 5º, LVII, da CRFB/88 (incabível em qualquer hipótese), seu sentido é interpretado em via oposta, por intermédio de mutação inconstitucional, que desrespeitou todos os limites a ela pertinentes. Passando a valer agora da seguinte interpretação: “ninguém será considerado culpado até o advento de acórdão condenatório”.

Houve mutação inconstitucional por conta da transgressão à cláusula pétrea arrolada no art. 60, §4º, da CRFB/88, na medida em que configurou clara regressão em matéria de direitos e garantias individuais, por mais que isso seja abolido no nosso regime estatal.

A restrição indevida de garantia constitucional pelo Tribunal que deveria assegurar seu cumprimento é uma situação estarrecedora. É nefasta a possibilidade que o STF vislumbra de interpretar Cláusula Pétrea expressa, cláusula imutável.

As mudanças trazidas pela postura interpretativa da Corte Constitucional visam antecipar o trânsito em julgado da decisão condenatória, contornando a dificuldade criada pela Cláusula Pétrea, que impõe a consideração da Inocência. Nem precisaríamos destacar que o entendimento remete ao auge do sistema inquisitivo, aniquilador de direitos e garantias fundamentais.

As cláusulas pétreas não são passíveis de ativismo jurídico, quanto mais de “decidibilidade” por parte do STF, que deve(ria) ser o guardião do texto constitucional.

Não podemos concordar com a suposta legitimidade do Judiciário para legislar, invadindo a esfera do Legislativo, sob o argumento de que não há um modelo universal de ‘separação’ ou harmonia e equilíbrio entre os poderes, de que o sistema brasileiro de separação de poderes comporta modificações, na medida em que tem suas especificidades de independência e equilíbrio. Não é equilibrado permitir que o judiciário legisle. E isso é evidente. Não é equilibrado retroceder em matéria de proteção à direitos e garantias fundamentais.

### **3.4 Aspectos políticos da modificação de postura do STF**

A perseguição de “inimigos” é historicamente associada ao poder punitivo. Atualmente, após avanços sociais e democráticos, as garantias freiam a persecução irrestrita. Porém, retomar a lógica de perseguir um “inimigo” legitima uma política de indeterminação, sendo que pautar limites para as atuações, nesse contexto, é insustentável.

Sob essa ótica, é imperioso afirmar que qualquer retrocesso em termos de conquistas de direitos e liberdades individuais não merece lugar no nosso Estado Democrático de Direitos.

Não obstante, com a crescente globalização, marcada pela influente manipulação midiática, presenciamos abusos nas persecuções, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Os indivíduos são encharcados de cobranças da imprensa frente ao judiciário, exigindo respostas imediatas à prática de um delito, de modo que o respeito às garantias

fundamentais, é vendido para a sociedade como forma de impunidade. A exemplo disso, aquele que é acusado da prática de um crime de maior gravidade, se responder o processo em liberdade, ainda que não estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, é massacrado pela opinião pública, além de ser cobrada do judiciário uma postura incompatível com o devido processo legal democrático.

Dito isso, é importante frear os apelos midiáticos que comprometem a imparcialidade da decisão do juiz, o qual tem o dever de garantir os direitos fundamentais. É necessário garantirmos o equilíbrio entre a (de) mora jurisdicional e o atropelo de direitos e garantias fundamentais

A mídia é completamente leiga sobre assunção de um Estado Democrático de Direitos. Sua parca opinião sobre a realidade política deve (ria) ser bruscamente irrelevante e, portanto automaticamente afastada.

O que nos é apresentado é uma alternativa política fundada na relativização da liberdade individual em prol da “segurança comum”.

Nossa Corte Constitucional, em sua “mudança de entendimento”, parece ter deixado de lado a defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direitos para atender os apelos sociais, proferindo decisões com nítido fundamento político e casuístico.

A judicialização da política, fenômeno implementado no atual contexto do Judiciário brasileiro, revela que questões predominantemente políticas são avocadas pelo Poder Judiciário em detrimento das instâncias políticas tradicionais, sobretudo do Congresso Nacional.

Não podemos admitir a expansão do Poder Judiciário, tampouco a sua consideração como o soberano do ordenamento. É imperiosa a valorização da lei como expressão da vontade geral e, conseqüentemente, o respeito à função do Poder Legislativo. O plano legislativo não pode ser superado indevidamente, para dar lugar a entendimento jurisprudencial dotado de força normativa incompatível com sua natureza.

Isso sem mencionarmos os danos à ampla defesa (se é que é possível seu aparecimento), e ao Princípio da Inocência, garantias fundamentais, que foram completamente esvaziadas diante da lógica de se presumir o acusado corrupto, até prova em contrário de sua inocência.



A “eficiência” da persecução penal é o único resultado assumido como possível. Diante disso, à atividade probatória foi oferecido dispor de todos os meios que entender necessários, mesmo que signifique a violação de garantias fundamentais indisponíveis, já que sua finalidade é o combate à corrupção e essa é a máxima do momento.

Toda a discussão sobre a necessidade, do ponto de vista da tão propalada “eficiência” da persecução penal, aliada aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, ataca frontalmente nosso ordenamento jurídico.

O ideário persecutório em matéria penal, agora travestido no discurso de ocasião da “corrupção”, que acaba por convocar a todos “por interesse público” a abrir mão daquilo que em qualquer outra circunstância não teríamos motivos para aceitar.

Nesse contexto, o Min. Teori Zavaski aduz que:

“Ao invés de constituir um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional”.

Não cabe ao STF a guarda do processo, a persecução irrestrita do processado, em detrimento das garantias a ele asseguradas pela Constituição. Inverte-se a lógica de guarda da Constituição e seus preceitos para se imiscuir na guarda do processo e no asseguramento da efetivação da penalidade aplicada. Esvazia-se a lógica democrática e garantista da inocência, própria do Estado Democrático de Direito em que vivemos (ou deveríamos viver) e passa-se a considerar novamente a doutrina fascista de Manzini, na qual não havia espaço para consideração da inocência, já que a demonstração de culpa a superava.

Em análise, é a mesma lógica inquisitiva: já que os recursos não são deferidos, apresentam muito baixa parcela de admissibilidade, então é plenamente cabível que o STF considere todos culpados. Até porque a proporção da culpa é muito maior e a cassação da impunidade vale mais do que qualquer direito ou garantia. Presenciamos um verdadeiro absurdo antidemocrático.

É totalmente sem sentido e sem fundamento a alegação de que a garantia que norteia nosso sistema jurídico processual penal seja relativizada para certificar a efetividade da função jurisdicional. Mais uma vez, se a função jurisdicional não se mostra efetiva, deve-se atacá-la pelas vias próprias, e mais, prender não é solução para efetividade da função jurisdicional.

A pena deve(ria) transcender o encarceramento e servir de mecanismo para reintrodução daquele indivíduo na sociedade, de modo que ele deixaria de ser marginalizado e, portanto, a possibilidade de cometer crimes seria reduzidíssima. Tanto se fala de aplicação do direito comparado, do direito internacional, mas só vale para tentativa frustrada de legitimar abusos, porque quando se trata de entender o condenado como parte da sociedade e sujeito de direitos o discurso rapidamente se modifica.

Não é buscando encarcerar os políticos que a operação lava-jato condenou (desde sua instauração), garantindo o apoio da massa social leiga e facilmente manobrável pela mídia, que os direitos e garantias devem ser esquecidos. Não são as palmas das pessoas na rua que devem(riam) importar. O que importa para um Tribunal Constitucional é a guarda e o respeito aos preceitos constitucionais, mesmo que incorra em insatisfação generalizada da população, mais uma vez, da massa de manobra completamente leiga.

Não se pode admitir que as unidades prisionais sejam cada vez mais sufocadas, que cada vez se coloque mais gente (isso mesmo, gente, apesar de muitos esquecerem disso, estamos lidando com iguais, com gente igual a gente) em condições sub humanas e degradantes em prol do "processo penal do espetáculo", como diria Fauzi Hassan, em prol da midiaticização da prisão dos parlamentares como sendo o suprassumo da democracia, a certeza da punibilidade.

Essas prisões só demonstram a ineficiência do nosso Estado, e o retrocesso que é a "relativização", como gostam de enquadrar os Ministros, que não passa do suprimir dos direitos e garantias de séculos e mais séculos de luta.

Todo esse cenário não é exclusivo do “mensalão” e também é observado na “operação lava-jato”, o que nos induz a pensar que a necessidade de atender aos clamores sociais, efetivar prisões e condenar quem estiver pelo caminho legitima qualquer atitude judicial. Tempos difíceis para o exercício democrático, para uma sociedade de direitos.

Sobre o instituto da delação premiada, se mostra uma figura marcante, em especial midiaticamente falando, nas empreitadas em desfavor dos chamados criminosos de “colarinho branco”, ou seja, os grandes políticos e figuras importantes do nosso país, a eles relacionadas.

Presenciamos a espetacularização no uso de algemas, a exploração das imagens de investigados e processados, além das prisões como forma de coação para obter confissões em megaprocessos capitaneados por messianismos judiciais, chegando até mesmo ao absurdo da

“inversão do ônus probatório em matéria criminal”, declarada no bojo do julgamento da AP 470, “Mensalão”. O autoritarismo vigora, em detrimento à CRFB/88.

É cediço que crimes mais elaborados naturalmente demandarão investigações proporcionalmente diferenciadas. No entanto, é muito importante que as garantias processuais mais elementares, sobretudo as constitucionais, não sejam vulneradas, independentemente de quem seja o réu da ação criminal ou do esforço empenhado na persecução.

O instituto da delação premiada deve ser analisado com muita cautela, uma vez que está sendo cotidianamente distorcido pelo Judiciário, em razão da política persecutória criada. A concessão discricionária de privilégios a quem colaborar com incriminação e consequente prisão dos supostos envolvidos em práticas ilícitas é fato temerário.

Atualmente, a utilização da prisão tem se dado de maneira totalmente arbitrária e quase que automática. Não só as medidas cautelares têm sido irrestritamente impostas como o momento de execução da pena é também “reinterpretado”, tudo isso para garantir que os criminosos estarão atrás das grades, que “estaremos seguros”.

Restringir direitos e garantias de toda uma sociedade em prol de respostas à mídia e à própria sociedade é aprisionar somente os que tiveram em seu desfavor sentença judicial? Ou seria, silenciosamente, aprisionar a todos, sem exceção? Até porque a inocência “pode” ser relativizada e seguramente, hoje, somos todos considerados culpados até que se prove o contrário. Manzini possivelmente comemoraria essa notícia com a decretação de prisões. Interessante constatar que é justamente o que está acontecendo na realidade brasileira.

Vivemos em um cenário de insegurança constante, de abuso de poder e de autoritarismo irrestrito, próprio de um sistema inquisitorial. Legitimar bases fascistas nos distancia da realidade democrática.

Os Ministros do Supremo demonstraram o objetivo de atender aos clamores sociais. A visão distorcida que se tem passado sobre “fazer justiça” não pode ser considerada como papel do STF. A Corte é guardiã da Constituição e não da “vontade popular”.

É inconcebível admitir a prevalência de direitos sociais sobre individuais, sobre direito individual fundamental, com a justificativa de combate ao que o senso comum considera mal. O papel do judiciário vai muito além disso. A preservação da nossa forma de Estado não pode ser relativizada por ímpetos punitivistas.

## **CONCLUSÃO**

No desenvolvimento dos debates apresentados no presente trabalho, objetivou-se compreender mais profundamente o Princípio da Inocência e sua violação pela Corte Constitucional, analisando seu impacto no Direito Constitucional e no Processo Penal brasileiro.

Nessa dinâmica, foi analisado atentamente o fato de tal garantia ter previsão em nossa Magna Carta de 1988, entendendo as razões do Constituinte Originário para salvaguardá-la, elevando-a a categoria de Cláusula Pétreia, ou seja, de preceito imutável, até mesmo pelo constituinte derivado, sendo digna de toda proteção conferida pelo artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição de 1988.

Com isso, tem-se que o Princípio da Inocência é garantia humana fundamental e direito conferido a todos os indivíduos. É o princípio reitor do Processo penal e condição natural do acusado, garantindo-lhe sua liberdade. É regra de tratamento do imputado, além de regra de julgamento e de garantia. Deve ser entendido como matéria e não mera formalidade, sendo uma baliza limitadora e o princípio fundamental de civilidade.

Em momento posterior, foram analisados os desdobramentos do Princípio da Inocência, correlacionando-o a outros institutos jurídicos pertinentes, a fim de assegurar sua importância e abrangência no ordenamento jurídico pátrio. Desse modo, constatou-se que as garantias são interligadas e ao abrir mão de alguma delas, automaticamente afetam-se as outras, de modo até a esvaziá-las.

Em um aparente contraste ao Princípio da Inocência, se insurgem as Medidas Cautelares Prisionais, que são instrumentos excepcionais a serviço da efetividade da jurisdição, entendidas como a *ultima ratio* do sistema. Deste modo, por mais que possibilitem a decretação de prisão antes da consideração de culpa, apresentam a natureza de tutela do processo e não forma de punibilidade.

O Princípio da Inocência é garantia naturalmente limitadora da prisão cautelar, uma vez que permite sua ocorrência somente como meio de assegurar o trâmite efetivo da jurisdição penal. Para isso, é necessária a caracterização do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, eis que sem a presença desses pressupostos não é possível a admissibilidade da medida.

Também se faz necessário certificar a constatação dos elementos da provisoriedade, acessoriedade e instrumentalidade hipotética. Em razão de não se admitir que a duração fixada à prisão cautelar seja excessiva, uma vez que isso se configuraria como cumprimento antecipado de pena e iria contra o Princípio da Inocência. Ressalta-se que é totalmente vedada a utilização da prisão cautelar para qualquer outro fim que não seja a efetividade da jurisdição, uma vez que retrocessos em matéria de direitos e garantias fundamentais não são tolerados no seio de um Estado Democrático de Direito.

A CRFB de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estipulou que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Isso significa dizer que o Constituinte Originário estabeleceu um *iter* procedimental expresso, em que deve ser respeitada a consideração da inocência do acusado. Essa opção do constituinte não pode ser relativizada ou reinterpretada sob nenhum argumento. É Cláusula Pétrea e, portanto imodificável.

Em linhas opostas, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela execução provisória da sentença penal condenatória, afrontando cabalmente e esvaziando o Princípio da Inocência. A Corte Constitucional já havia superado a matriz inquisitorial brasileira em

oportunidade anterior. Porém, essa retomada de pensamento é um retrocesso democrático, insistindo nas bases fascistas do Processo Penal brasileiro.

Viver em um Estado Democrático de Direito é assegurar que os inocentes não serão culpabilizados, mesmo que isso signifique a impunidade de algum culpado. Essa garantia é constituidora da nossa forma de Estado e está expressa na nossa Magna Carta de 1988, não admitindo seu afastamento por quem quer que seja, ou pelo motivo que for. Assim sendo, autoritarismo e cassação de direitos e garantias fundamentais devem ser reprimidos.

Pautar a aplicação do Direito em manifestação política, em decorrência da pressão midiática e social, afastando as garantias constitucionalmente estabelecidas, não é postura condizente com nosso Estado Democrático de Direito. O ativismo judicial não pode perpetrar as atribuições do Constituinte Originário e reescrever o texto constitucional, principalmente suprimindo garantias fundamentais, que são imutáveis e a base do Estado brasileiro. O papel do STF é de guardião da Constituição, o que não configura a disponibilidade de seu texto aos Ministros. É importante destacar também que o papel de fazer leis é do Poder Legislativo, não sendo admitida tal prerrogativa ao Poder Judiciário.

É latente, atualmente, a violação do Princípio da Inocência pela Corte Constitucional, significando uma verdadeira ruptura com as garantias asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. O julgador se sobrepôs ao texto constitucional, e isso não deve ser tolerado em hipótese alguma em uma forma de Estado como a brasileira.

O Processo Penal Brasileiro tem um *iter* procedimental de necessária observância. Essa opção do Constituinte Originário não pode ser relativizada ou reinterpretada sob nenhum argumento. O Princípio da inocência está expressamente previsto na CRFB/88, e é garantia indisponível.

No processo penal, forma é garantia logo, o Estado, em seu exercício do poder punitivo, deve necessariamente respeitar a legalidade estrita, delimitada, visto que, se assim não o fizer, se insurgirá como abusivo e ilegítimo.

Permitir que o STF continue agindo discricionariamente sobre preceitos imutáveis é se afastar do Estado Democrático de Direito e retroceder ao Estado autoritário, fascista e inquisitivo.

O Estado Democrático de Direito pressupõe garantias e direitos humanos fundamentais, inerentes a todos os cidadãos e obrigatoriamente asseguradas, principalmente diante de um devido processo legal democrático.

Por fim, é inconcebível admitir a prevalência de direitos sociais sobre individuais, sobre direito individual fundamental, com a justificativa de combate ao que o senso comum considera mal. O papel do judiciário vai muito além disso. A preservação da nossa forma de Estado não pode ser relativizada por ímpetos punitivistas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal: esquematizado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a justiça e a política*. In: Lúcia Avelar e Antônio Octavio Cintra (orgs.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*, 2ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer e Unesp, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista EMARF - Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Cadernos Temáticos – Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito. Rio de Janeiro: 2010.

- BRASIL. *Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Medidas cautelares. Projeto de Lei 111/08*. In: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. (Org.). *As reformas do processo penal*. 1 ed. São Paulo: RT, 2008.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. 2011.
- GONÇALVES, Rodrigo Machado: *Operação Lava-jato em tempos de falta d'água: a crise de sustentabilidade jurídico-democrática*. Conflitos e verdade no Direito. 1ª Ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Multifoco, 2016. p. 93 a 112.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, volume II. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal: tomo I*. Buenos Aires: EJEJA, 1951.
- NICOLITT, André Luiz. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5ª ed. ver., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.



*O novo processo penal à luz da Constituição: (análise crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal)*. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Lusíada, 2008.

PRADO, Geraldo. *Prisão e Liberdade*. In: Revista Juris Poesi. Vol. 2. Rio de Janeiro: Estácio de Sá, 1998.

*Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988*. Coordenadores: Geraldo Prado, Diogo Malan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

*Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr*. Organizadores: Geraldo Prado, Ana Cláudia Ferigato Choukr, Carlos Eduardo Adriano Japiassú. \_\_ 2ª ed. ampl. e rev. \_\_ Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 4. 34ª. ed. rev. e de acordo com a Lei 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. AMARAL, Augusto Jobim do: Presunção de inocência - A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. IBICRIM. Boletim 281. Abril/2016. Disponível em:> [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF#\\_edn2](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5740-Presuncao-de-inocencia-A-pre-ocupacao-de-inocencia-e-o-julgamento-do-HC-126292SP-pelo-STF#_edn2) <. Acesso em 10 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahty: O crime de enriquecimento ilícito no Projeto de Código Penal, em face da presunção de inocência. Disponível em:> <https://www.ibccrim.org.br> <. Acesso em 10 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. BESTER, Gisela Maria, SANTIAGO, Marcus Firmino, NETTO, Menelick de Carvalho: Teoria Constitucional – XXV Encontro Nacional do CONPENDI – Brasília/DF. Disponível em:> <http://www.conpendi.org.br> <. Acesso em 31 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda: O papel do novo Juiz do Processo Penal. Disponível em:> [emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/](http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/) <. Acesso em 02 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira: Significado e alcance das “Cláusulas Pétreas”. Disponível em:> <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613> <. Acesso em 07 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. HACHEM, Daniel Wunder: Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). Disponível em:> <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito> <. Acesso em 05 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. JUNIOR, Salah Hassan Khaled: Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. IBICRIM. Boletim 281. Abril/2016. Disponível em:> [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5741-Me-ne-frego-a-presuncao-de-inocencia-apunhalada-pelo-STF#\\_edn1](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5741-Me-ne-frego-a-presuncao-de-inocencia-apunhalada-pelo-STF#_edn1) <. Acesso em 10 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. LOPES JR., Aury: Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. Disponível em:> <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico> <. Acesso em 05 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. MENDES, Gilmar: a presunção de não culpabilidade e a orientação do Ministro Marco Aurélio. Disponível em:> <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf> <. Acesso em 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. Notícias: Para Gilmar Mendes, já é hora de discutir de maneira franca o sistema carcerário brasileiro. Disponível em :> [http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=167:para-gilmar-mendes-ja-e-hora-de-discutir-de-maneira-franca-o-sistema-carcerario-brasileiro&catid=58:noticias&Itemid=71](http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=167:para-gilmar-mendes-ja-e-hora-de-discutir-de-maneira-franca-o-sistema-carcerario-brasileiro&catid=58:noticias&Itemid=71) <. Acesso em 26 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. PEDRA, Adriano Sant’Ana: Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Disponível em:> <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/93266> <. Acesso em 06 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. PRADO, Geraldo: Presunção de inocência: jurisprudência anotada - Execução provisória da pena. IBICRIM. Boletim 281. Abril/2016. Disponível em:> [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5742-Presuncao-de-inocencia-jurisprudencia-anotada-Execucao-provisoria-da-pena#\\_edn1](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5742-Presuncao-de-inocencia-jurisprudencia-anotada-Execucao-provisoria-da-pena#_edn1) <. Acesso em 10 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. PRADO, Geraldo: O trânsito em julgado da decisão condenatória. IBICRIM. Boletim 277. Dez/2015. Disponível em:> [https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria) <. Acesso em 10 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. SANTOS, Laiza Padilha dos, SILVA, Sheydyhonne Mendonça da: O Guardião da Constituição e o Massacre aos Princípios. Direitos e Garantias Constitucionais: Parabéns Pelos 28 Anos! Disponível em :> <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/1909> <. Acesso em 02 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. SOUKI, Hassan Magid de Castro: O STF e a ameaça ao princípio da presunção de inocência. Disponível em:> <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236516,71043-O+STF+e+a+ameaca+ao+principio+da+presuncao+de+inocencia> <. Acesso em 05 de março de 2017.

\_\_\_\_\_. STF mantém posicionamento para permitir prisão após condenação em 2ª Instância. Disponível em: > <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI246876,11049STF+mantem+posicionamento+para+permitir+prisao+apos+condenacao+em+2> <. Acesso em 05 de março de 2017. Acesso em 05 de março de 2017.

STJ, Página Oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

STF, Página Oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.