

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA PRISÃO
PROCESSUAL E DO ART. 492 DO CPP**

ELIAS SILVA REBELO

**Rio de Janeiro
2022**

ELIAS SILVA REBELO

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA PRISÃO
PROCESSUAL E DO ART. 492 DO CPP**

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 Dr. Diogo Rudge Malan**.

Rio de Janeiro

2022

CIP - Catalogação na Publicação

RR291p Rebelo, Elias Silva
Princípio da presunção de inocência: uma análise da prisão processual e do art. 492 do CPP / Elias Silva Rebelo. -- Rio de Janeiro, 2022.
110 f.

Orientador: Diogo Rudge Malan.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Processual Penal. 2. Presunção de Inocência. 3. Prisão Processual. 4. Execução Antecipada da Pena. 5. artigo 492 do CPP. I. Malan, Diogo Rudge, orient. II. Título.

ELIAS SILVA REBELO

**PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DA PRISÃO
PROCESSUAL E DO ART. 492 DO CPP**

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 Dr. Diogo Rudge Malan**.

Data da Aprovação: 14 /02 /2022.

Banca Examinadora:

Orientador Professor Dr. Diogo Rudge Malan

Me. André Mirza

Mestranda Amanda Estefan

Rio de Janeiro

2022

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus criador dos céus e da terra e de tudo quanto neles há. Agradeço porque apesar da glória que tens Tu me amaste quando eu ainda era uma matéria informe no ventre da minha mãe. Agradeço por seu amor incansável e inexplicável que foi revelado a mim em Cristo Jesus. Agradeço por Tua presença constante por onde quer que eu ande. Agradeço por ter guiado meus passos até a Faculdade de Direito e lá ter andado comigo. Agradeço pelo caminho que está por vir, porque sei que lá também estarás comigo. Agradeço pelo Pai bondoso que és. A Ti toda honra, toda glória e toda a minha vida.

Agradeço ao meu pai e à minha mãe por encherem a minha vida de amor. Pai, sou grato por seu cuidado diário nos detalhes, por todo sacrifício que fez para que eu chegasse até aqui. Obrigado por ser exemplo de integridade e por me ensinar que nenhuma alta sabedoria pode ser atingida sem uma dose de sacrifício. Mãe, agradeço por se doar por mim todos os dias, por toda atenção e por cada conversa. Sou grato por você ser colo quando preciso, você alegra os meus dias e torna a minha vida muito mais leve. Pai e mãe, obrigado por sonharem comigo e me darem o amor e suporte necessário para a jornada da vida. Essa vitória é nossa. Eu amo muito vocês!

Agradeço à minha namorada, Livia, por todo companheirismo e por tornar a minha vida ainda mais incrível com a sua companhia. Deus foi maravilhoso comigo por ter nos apresentado logo no meu primeiro período. Amor, obrigado por todo apoio, pelos conselhos e por transformar o dia a dia da faculdade em um sonho bom. Eu te amo demais.

Agradeço à CRU FND por ser uma família dentro da faculdade, por fazer daquele lugar um local de crescimento e de intimidade com Deus. Com vocês e por meio de vocês fui edificado e moldado pelas mãos do nosso Senhor. Louvo a Deus por ter reunido pessoas de diversos lugares do país para juntos glorificarmos a Ele na Nacional. Cito de modo especial Weverton, Maeli, Rafael Elias, Isaque, Mariana, Fernanda, Isaías, Síntique, Louise, Gabi Presler, Julio, Leandro, Karina, Laura, Luiz, Liandra, Lucas e Amanda. Isaque Soares, meu irmão, sua amizade é um presente de Deus e um refrigério para a minha vida.

Agradeço a todos os meus familiares, minha avó, tios, tias, primos e primas por sempre torcerem por mim e me incentivarem a dar voos mais altos. Também agradeço à minha igreja por sempre me sustentar em oração, por serem um lar para mim nas alegrias e nos momentos de frustrações. Em especial cito Thiago, Sara, Vitória, Caio, Tia Lucireny, João Alexandre, Luís Felipe, Vinícius Cosentino, Luíza, Lorena e Rodrigo, obrigado por comemorarem minhas vitórias, vocês fazem parte desta aqui também.

Por fim, agradeço à Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, a todos os professores, professoras, funcionários da Casa e colegas com quem dividi a sala de aula. Sou grato pelo privilégio de fazer parte do corpo discente e da história da Nacional do Brasil.

RESUMO

O princípio da presunção de inocência foi positivado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República de 1988. Contudo, mesmo após um processo lento de conscientização democrática no Brasil, a força normativa deste postulado está longe de encontrar-se consolidada, tendo em vista a posição pendular da Corte Constitucional, basta observar os entendimentos do HC 126.292/SP e do ADCs 43, 44 e 54. Com o advento da Lei 13.964/2019 foi inserido no artigo 492, alínea e, do CPP uma hipótese de execução antecipada da pena decorrente da decisão do Júri, mais uma ofensa ao postulado ora analisado. Nesse cenário, a presente monografia pretende perscrutar os antecedentes históricos, a terminologia, a natureza principiológica e o âmbito de proteção da presunção de inocência. Após isso, busca-se entender a sua convivência com as medidas restritivas de liberdade, os princípios norteadores da prisão cautelar e analisar a constitucionalidade das hipóteses de prisão preventiva presentes no ordenamento jurídico. Por fim, investiga-se as raízes e fundamentos que geraram o novel artigo 492, e do CPP, tendo sido possível concluir pela sua inconstitucionalidade por violar a presunção de inocência.

Palavras-chaves: Presunção de Inocência; Prisão Provisória; Prisão Processual; Execução Antecipada da Pena; Lei 13.964/2019; artigo 492 do CPP.

ABSTRACT

The principle of presumption of innocence was affirmed for the first time in the Brazilian legal system with the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988. However, even after a slow process of democratic awareness in Brazil, the normative force of this postulate is far from being consolidated, face of the pendular position of the Constitutional Court, it is enough to observe the understandings of HC 126.292/SP and ADCs 43, 44 and 54. With the advent of Law 13.964/2019, section 492, subsection e, of the CPP was inserted a hypothesis of early execution of the sentence resulting from the Jury's decision, another offense to the postulate analyzed here. In this context, the present monograph intends to scrutinize the historical background, the terminology, the principled nature and the scope of protection of the presumption of innocence. After that, we seek to understand their coexistence with the restrictive measures of freedom, the guiding principles of precautionary detention and analyze the constitutionality of the hypotheses of preventive detention present in the legal system. Finally, it investigates the roots and foundations that generated the new section 492, subsection e, CPP, having been possible to conclude for its unconstitutionality for violating the presumption of innocence.

Keywords: Presumption of Innocence; Provisional Prison; Procedural Prison; Provisional Execution of Sentence; Law 13,964/2019; Section 492 of the CPP.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| CAPÍTULO I – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA | 11 |
| 1. Antecedentes históricos | 11 |
| 2. A terminologia presunção de inocência | 17 |
| 3. A presunção de inocência como princípio-garantia e direito dos indivíduos | 22 |
| 4. Dimensões: o âmbito de proteção da Presunção de Inocência | 24 |
| 4.1 Presunção de inocência como princípio informador do direito | 25 |
| 4.2 Presunção de inocência como regra probatória | 26 |
| 4.3 Presunção de inocência como norma de juízo | 31 |
| 4.4 Presunção de inocência como regra de tratamento | 32 |
| CAPÍTULO II – PRISÃO PROVISÓRIA | 39 |
| 1. O desafio da convivência da prisão provisória com a presunção de inocência | 39 |
| 2. Prisão provisória e sua relação com a presunção de inocência | 41 |
| 2.1 Adoção da teoria do suporte fático amplo | 41 |
| 2.2. Prisão Provisória como intervenção estatal | 43 |
| 2.3 Limites à intervenção estatal legítima | 47 |
| 3. Princípios norteadores e requisitos da prisão cautelar | 50 |
| 4. Prisão Processual | 56 |
| 4.1. Conveniência da instrução criminal | 57 |
| 4.2. Aplicação da lei penal | 59 |
| 4.3. Garantia da ordem pública e da ordem econômica | 63 |
| 4.4. Críticas à prisão processual | 69 |
| CAPÍTULO III - ANÁLISE DO ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL | 72 |
| 1. O arranjo institucional brasileiro e a formação de uma cultura jurídica inquisitorial | 72 |
| 2. A Lei 13.964/2019 como legislação de emergência | 75 |
| 3. O retrocesso trazido pelo art. 492 do Código de Processo Penal | 82 |
| 4. Análise da justificativa do novel artigo 492 do CPP | 87 |
| CONCLUSÃO | 99 |
| REFERÊNCIAS | 103 |

INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência está previsto em diversos diplomas e tratados internacionais. No cenário brasileiro, está positivado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, tendo sido reconhecido em uma conjuntura que buscava romper drasticamente com o regime militar, período marcado pela retirada de direitos fundamentais e graves transgressões aos direitos humanos. Tal norma é de fundamental importância pois funciona como pilar do sistema democrático e garante a liberdade do cidadão frente ao poderio estatal.

Apesar disso, o reconhecimento da força normativa do direito fundamental à presunção de inocência precisou de um processo lento de conscientização democrática do Brasil para que gradativamente fosse aplicado com a sua verdadeira essência, colocando a prisão processual no seu devido lugar, uma medida excepcional cabível apenas para tutelar o processo (MALAN, 2015). Porém, mesmo após mais de três décadas desde a promulgação da Constituição de 1988 esse princípio não se encontra plenamente estabelecido e seguro.

No âmbito do processo penal brasileiro, a frequência com a qual esse direito constitucional tem sido solapado e a recorrente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em poucos anos têm se mostrado alarmante. A Suprema Corte Constitucional tem apresentado uma forte tendência à relativização da exigência de trânsito em julgado como regra para o recolhimento prisional. Isso é notório a partir da observação da interpretação presente no HC 126.292, que permitiu a execução provisória da pena após o acórdão proferido em 2ª instância.

Felizmente, em novembro de 2019, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, essa última posição foi alterada, tendo sido decidido pela vedação da execução provisória da pena, reconhecendo mais uma vez o trânsito em julgado como marco seguro para a limitação de liberdade, que apenas pode ser excepcionada nos casos do art. 312 do CPP. Apesar dessa posição garantista, próxima do texto e do espírito da Constituição de 1988, o princípio da presunção de inocência sofre novos ataques com o advento da Lei 13.964/2019. O artigo 492, I, “e”, do CPP dispõe que o juiz determinará a

execução provisória das penas decorrentes de sentença do Tribunal do Júri, na qual foi fixada condenação igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Além da relevância jurídica, o presente trabalho se justifica tendo em vista o contexto social que o Brasil se encontra. Nos últimos anos, a temática da presunção de inocência passou a ser mais constante no imaginário popular em virtude das amplas coberturas midiáticas da Operação Lava-Jato e dos programas sensacionalistas sobre criminalidade existentes nos meios de comunicação e o aumento do discurso de punitividade. Nesse cenário, esse direito fundamental tem sido objeto de intensos debates sociais, como por exemplo, as discussões comuns acerca de uma necessidade ou não de uma prisão mais célere, a prisão em segunda instância, etc.

Frente tal conjuntura, o presente trabalho buscará avaliar a constitucionalidade do artigo 492, I, “e”, do CPP, hipótese de execução antecipada da pena trazida pela Lei 13.964/2019. Para tanto será examinado o papel do princípio da presunção de inocência a partir da doutrina, bem como será analisado como este postulado se relaciona com a previsão constitucional da prisão cautelar e os aspectos teóricos da prisão processual.

A partir dessa proposta, no primeiro capítulo busca-se compreender: qual o papel da presunção de inocência no Estado Democrático brasileiro? Qual as suas dimensões, o seu âmbito de proteção? Já o segundo capítulo busca responder à seguinte pergunta: como a presunção de inocência se relaciona com as medidas cautelares restritivas de liberdade, em especial a prisão processual? Já o terceiro capítulo procura responder se os fundamentos que embasaram a alteração do artigo 492, alínea e, §§3º a 6º do CPP se baseiam em uma correta interpretação das disposições constitucionais e se o artigo 492, alínea e, do CPP é constitucional.

Para responder tais questões foi realizada a seguinte organização. O primeiro capítulo traz um panorama da presunção de inocência, iniciando com os antecedentes históricos desse princípio com o intuito de verificar: I) a sua relação com o sistema processual penal acusatório; II) o contexto social mais propício para a sua aplicação e desenvolvimento; III) como Estados autoritários e o Estado Democrático de Direito se relacionam com esse postulado. Também, é apresentado o melhor entendimento para a terminologia da presunção

de inocência, a sua natureza de princípio garantia e, por fim, as suas dimensões, isto é, o seu âmbito de proteção.

No segundo capítulo é retratado o desafio da convivência da presunção de inocência com a prisão provisória, mas também a possibilidade de harmonização de ambos institutos. Em seguida, são expostos os princípios norteadores e os requisitos da prisão cautelar, ao final, é realizado o exame das hipóteses de prisão preventiva autorizadas pelo artigo 312 do Código de Processo Penal e a sua constitucionalidade ou não.

Cumprir pontuar que não se analisará a prisão em flagrante e da temporária porque a primeira é medida pré-cautelar que assegura a eventual aplicação da prisão preventiva, já a prisão temporária tem hipóteses de decretação restritas, duração bem limitada e destinada apenas à investigação. Diante disso, a prisão preventiva é amplamente mais utilizada, por essas razões pela necessidade de fazer um recorte, essas outras hipóteses não serão abordadas.

No terceiro e último capítulo, é retratada a influência da questão da luta política nos diplomas penais e processuais penais por meio de uma incursão na história nacional. Depois é exposta a atual conjuntura social do Brasil, propícia para a promulgação de uma legislação de emergência e a predominância de uma cultura jurídica inquisitorial como fatores decisivos para o surgimento do Projeto de Lei 882 de 2019. Em seguida são evidenciadas as propostas de alteração ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, demonstrando a sua natureza de legislação de emergência. Ao final, são perscrutados os motivos que fundamentam a atual redação do artigo 492, I, “e”, §§3º a 6º do CPP e se é possível concluir pela sua constitucionalidade ou não.

CAPÍTULO I – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

1. Antecedentes históricos

À priori, entende-se que para a análise do princípio da presunção de inocência é fundamental perscrutar os seus antecedentes históricos. A partir dessa observação será possível identificar os sistemas processuais em que esse princípio esteve inserido, as diferentes formas que foi interpretado e aplicado dentro de determinados contextos sociais, a sua função em diferentes épocas, bem como sua relação com o Estado. Diante desse panorama, haverá um arcabouço que permitirá compreender mais profundamente a presunção de inocência e analisar a sua atuação no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Luigi Ferrajoli, o princípio da presunção de inocência pode ser vislumbrado ainda no Direito Romano, no qual a prova era necessária para que o acusado fosse considerado culpado (FIGUEIREDO, 2012, p. 49). No período da Alta República de Roma havia duas formas de processo penal: a *cognitio* e a *accusatio*, nesta última a atividade de acusar e julgar eram exercidas por pessoas diferentes, a acusação, por exemplo, era assumida por um cidadão do povo, e a produção de prova era de iniciativa das partes (LOPES JÚNIOR, 2006, p.162-163).

Porém, até meados do século XII, esse sistema, que pode ser classificado como acusatório, foi sofrendo transformações, gradativamente a iniciativa probatória dos julgadores foi sendo aumentada com o intuito principal de potencializar a repressão dos delitos. Assim, esse sistema até então vigente foi substituído pelo sistema inquisitório que predominou até meados do século XVIII (LOPES JÚNIOR, 2006, p.162-163).

Na Idade Média, esse sistema inquisitorial tinha como principais características a concentração das atividades de julgar e acusar na mesma pessoa, não havendo imparcialidade ou garantia de contraditório, além disso, o procedimento era sigiloso. Cabe ressaltar, ainda, que tal estrutura processual tinha como um de seus pilares a busca por uma suposta verdade real e absoluta, por isso o julgador detinha amplos poderes instrutórios e de iniciativa probatória, sendo permitido o uso de todos os meios que fossem necessários para alcançar a "verdade". Nesse sistema, a prisão cautelar era a regra geral, justamente porque o inquisidor

necessitava da presença física do acusado para infligir os métodos de sofrimento corporal a fim de arrancar a confissão (LOPES JÚNIOR, 2006, p.166-171).

Nesse cenário, o inquisidor, como sujeito de conhecimento, realizava o interrogatório do inquirido, que não era considerado sujeito de direitos, mas sim objeto da persecução penal, do qual a verdade deveria ser extraída. Para tanto, poderiam ser utilizados métodos de tortura, que eram justificados na crença na infalibilidade do inquisidor e no imaginário do divino que permeava a sociedade da época (WEDY, 2016, p. 219-220).

Além disso, cabia ao acusado demonstrar plenamente a sua inocência, caso contrário, se pairasse alguma dúvida em razão de insuficiência probatória, essa dúvida seria equivalente a uma semiprova, resultando em um juízo de semiculpabilidade e, conseqüentemente, na condenação a uma pena mais branda. Desse modo, cabia ao réu provar a inocência e em caso de dúvida era condenado (LOPES JÚNIOR, 2006, p.184-185). Portanto, é notório que o ponto de partida não era a inocência do indivíduo mas sim a sua culpabilidade.

As formas de organização social foram se modificando e gradativamente o protagonismo da Igreja na condução dos julgamentos foi diminuindo. Com a formação do Estado Moderno Absolutista o poder estatal se concentrou nas mãos do soberano, que não estava sujeito a limitações legais. Mesmo com essas alterações, ainda prevalecia o sistema inquisitório, no qual os indivíduos eram meros objetos do poder soberano (LOPES JÚNIOR, 2006 p. 173).

Essas atrocidades do sistema inquisitivo - como julgamentos arbitrários, prisões antes da declaração de culpa e a aplicação de penas desumanas - geraram diversas críticas que foram se tornando ainda mais intensas durante os séculos XVI e XVII, principalmente pelo surgimento do movimento iluminista. Em regra, havia nos pensadores iluministas o ideal comum de que o ser humano era a fonte e a razão de existir de todo poder estatal. Sendo assim, o Estado seria fruto da vontade social e deveria dirigir suas ações com o objetivo de proteger a sociedade e proporcionar um ambiente favorável ao seu aperfeiçoamento (SUXBERGER, 2019, p. 26). Uma verdadeira mudança de paradigma, no qual o indivíduo deixa de ser objeto do poder do soberano e passa a ser considerado sujeito de direitos.

Foi nesta conjuntura que Cesare de Beccaria publicou a sua obra *Dos delitos e das penas*, na qual denunciava as barbáries do sistema inquisitivo e a partir de reflexões afirmava que o indivíduo não pode ser declarado culpado antes da sentença do juiz, tampouco lhe pode ser aplicada uma pena em caso de dúvida sobre o cometimento do delito. Segundo ele:

A um homem não se pode chamar de culpado antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode negar-lhe a sua proteção pública, senão quando se decidir que violou os pactos com os quais se comprometeu. Qual é, pois, o direito, se não o da força que dá *potestas* ao juiz para impor uma pena a um cidadão enquanto há dúvidas se é réu ou inocente? Não é novo este dilema: ou o crime é certo ou incerto. Se certo, não convém que se lhe aplique outra pena diferente daquelas que se encontram previstas na lei, e é inútil a tortura porque inútil a confissão do réu; se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois ele é, segundo a lei, um homem cujos delitos não estão provados. (BECCARIA, 2015, p. 38/39)

Diante desses ideais, “Fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados” (ZANOIDE, 2010, p. 77). Se por um lado no período da Idade Média, a inocência era ligada à ausência de pecado, o iluminismo retirou a conotação religiosa e deu um aspecto laico à inocência, como um estado “ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão” (ZANOIDE, 2010, p. 88), não podendo considerar que o indivíduo cometeu um crime sem um juízo de certeza.

Essas ideias contra o sistema vigente se espalharam de tal modo pela França que foram uma das causas da Revolução Francesa e em 1789 foram positivadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esse documento histórico prevê em seu artigo 9º que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado. Acrescenta, ainda, que se for julgado indispensável prendê-lo, qualquer excesso deverá ser duramente reprimido pela lei. Assim, a presunção de inocência foi positivada para romper com as práticas do modelo processual penal inquisitorial, no qual havia prisões arbitrárias e a consideração de culpa do indivíduo mesmo antes de provada a culpabilidade, tendo uma função essencial na modificação estrutural do processo penal vigente até então (GIACOMOLLI, 2014, p. 90/92).

Porém, se no século XVIII houve essa positivação da presunção de inocência, esse grande avanço não se estabeleceu plenamente. De início, na França, logo após a revolução, ocorreram as reformas napoleônicas, estabelecendo um ordenamento jurídico voltado para uma repressão mais vigorosa (SUXBERGER, 2019, p. 27). Além disso, já no século XIX até

meados do século XX, particularmente na Itália, o princípio da presunção de inocência foi objeto de embate entre diferentes linhas de pensamento, as chamadas Escolas Penais.

Para a Escola Penal Clássica, a inocência do acusado é um pressuposto da ciência penal e dela decorrem a maioria das garantias daquilo que atualmente se convencionou a denominar de “justo processo”. Em sentido diametralmente oposto se encontrava a Escola Positivista, que tinha como cerne principal a defesa da sociedade contra o crime, chegando até mesmo a defender a exclusão da presunção de inocência em certas circunstâncias (GOMES FILHO, 2003, p. 123).

Essa vertente tinha como principais representantes Raffaele Garofalo e Enrico Ferri. O primeiro defendia que o acusado não podia ser considerado culpado ou inocente, devendo ser classificado como imputado. Já Ferri defendia que o acusado apenas poderia ser absolvido se sua inocência estivesse fundamentada em uma valoração rigorosa das provas apresentadas. Ambos autores defendiam a obrigatoriedade da prisão preventiva para crimes graves e a necessidade de um modelo de justiça sumária (FIGUEIREDO, 2012, p. 52).

A crítica ao princípio em questão se acirrou ainda mais com a Escola Técnico-Jurídica. Vincenzo Manzini, um de seus principais nomes, chegou a afirmar que a fórmula da presunção de inocência seria irracional e paradoxal, um “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”. Para ele, o processo penal visa à verificação do fundamento da pretensão punitiva estatal no caso em concreto. Desse modo, se há processo em face do indivíduo, é presumível a procedência da imputação, caso contrário, se a inocência fosse presumida não teria sentido o indivíduo estar sendo processado (FIGUEIREDO, 2012, p. 53).

Nesse cenário de busca pela repressão dos delitos a presunção de inocência era vista como um empecilho excessivamente individualista para a efetivação do interesse público e a defesa da sociedade. Além disso, voltou-se a ser considerado benéfico ao interesse público a iniciativa probatória do julgador, o qual não deveria se contentar com uma produção probatória deficitária das partes, sob o fundamento da existência de uma verdade real que deveria ser alcançada por ele (WEDY, 2016, p.231).

Essa perspectiva da Escola Técnico-Jurídica foi inserida no Código de Processo Penal Italiano de 1931, redigido no período do fascismo. Ficou conhecido como Código de Rocco, de forte característica inquisitorial e de tendências totalitárias, no qual Vincenzo Manzini propôs a substituição da “presunção de inocência” pela expressão “presunção de não culpabilidade” por entender que no processo não há análise da inocência, mas sim da culpa do indivíduo (DUTRA, 2018, p. 324).

Na primeira metade do século XX, o Brasil se encontrava em um momento similar, com uma guinada autoritária dirigida pelo Estado Novo em meio à ditadura varguista. Foi nesse contexto que o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941 foram escritos, apresentando fortes características das escolas Positiva e técnico-jurídica. O Código de Processo Penal de 1941 foi redigido com o objetivo principal de potencializar uma maior eficiência na repressão estatal, retirando direitos previstos nas leis antes vigentes por considerá-los excessivos, pois retardavam e prejudicavam a repressão (DUTRA, 2018, p.325). Diante disso, esses interesses individuais deveriam ceder espaço para uma maior tutela social.

Essa perspectiva e a influência do fascismo italiano ficam evidentes na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. 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.

(...)

Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desgosto daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas. (BRASIL, 1941)

Apenas após as atrocidades decorrentes da experiência do nazi-fascismo e as terríveis violações aos direitos humanos, acentuadas na Segunda Guerra Mundial, houve uma

tendência internacional em reconhecer direitos individuais com o intuito de garantir aos indivíduos uma maior proteção face à atuação do Estado, reafirmando a presunção de inocência como um dos pilares juspolíticos para a democracia, em um verdadeiro rompimento com os valores autoritários. Esse movimento internacional é visível por meio da previsão expressa da presunção de inocência no art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, bem como no artigo 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica de 1969, convenção de âmbito regional (DUTRA, 2018, p. 326).

No Brasil, tal princípio-garantia foi expressamente positivado apenas na Constituição de 1988, ocupando a posição de direito fundamental e cláusula pétrea (FIGUEIREDO, 2012, p. 53), em uma conjuntura que buscava romper drasticamente com a ditadura militar, também um período marcado pela retirada de direitos fundamentais e graves transgressões aos direitos humanos.

Ademais, é importante ressaltar o texto do art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Essa redação guarda diferenças relevantes se comparada com a de outros diplomas internacionais. Primeiro, não prevê a palavra acusado, contemplando não apenas aqueles sujeitos à fase processual, como também à fase investigatória da persecução penal (GOMES FILHO, 2003, p. 126). Cabe pontuar também que a declaração de culpa somente está consolidada após o trânsito em julgado, ou seja, findo o devido processo penal. Uma redação muito mais ampla e garantista.

Contudo, o reconhecimento da força normativa do direito fundamental à presunção de inocência não foi algo imediato, mas precisou de um processo lento de conscientização democrática do Brasil para que gradativamente fosse aplicado com a sua verdadeira essência, limitando a prisão processual a uma exceção cabível apenas para tutelar o processo (MALAN, 2015). Esse longo processo levou mais de duas décadas após a promulgação da Constituição de 1988 e dependeu das inovações legislativas trazidas pela Lei 11.719/2008, Lei 12.403/2011 e de mudanças de entendimento jurisprudencial do STF no bojo do Habeas Corpus 84.078 de 2009. Porém, no presente, esse postulado ainda não se encontra plenamente estabelecido, por vezes sendo flexibilizado ante as pressões do contexto social, conforme será visto.

Após essa breve incursão histórica, fica evidente a inafastável relação entre o processo penal e o meio histórico no qual se encontra inserido. Sendo assim, é possível perceber que a presunção de inocência é um pilar essencial para a construção de uma sociedade em que os indivíduos são considerados sujeitos de direitos, funcionando como um limitador ao poderio estatal e se relacionando com o sistema acusatório.

Diante da observação dos ciclos históricos, nota-se que esse princípio tende a ser relativizado e até mesmo excluído em momentos históricos nos quais os indivíduos são tidos como objetos do processo penal, sob a justificativa de tutela social e repressão efetiva aos delitos. Por fim, pode-se dizer que é um elemento essencial para um Estado Democrático de Direito e sua retirada resulta em prisões arbitrárias de pessoas ainda não declaradas culpadas, um instrumento essencial para os Estados autoritários.

2. A terminologia presunção de inocência

Antes de adentrar na aplicação específica desse postulado no ordenamento jurídico brasileiro, cabe analisar mais detidamente a terminologia da presunção de inocência. Isso é necessário pois há intenso debate doutrinário sobre o significado do termo presunção, se seria uma presunção em sentido técnico, ou presunção legal, podendo esta última ser classificada como *iure et de iure iuris* ou *iuris tantum*.

A presunção em sentido técnico ou lógico é o mecanismo de raciocínio por meio do qual, baseado no conhecimento de um fato, é possível chegar a uma conclusão da existência ou não de um outro fato sem que seja apresentada alguma prova, apenas levando em consideração uma espécie de probabilidade racional que se baseia em uma regra máxima de experiência. Assim, pode-se dizer que a presunção lógica é formada pelo fato base, o fato presumido e a relação lógica-causal entre ambos (VILELA, 2000, p. 81). Portanto, é um raciocínio baseado na indução. Essa presunção em sentido lógico (presunção *hominis*) é aplicada no direito quando o juiz, por meio de regras de estatísticas ou da observação daquilo que ocorre no mundo, consegue admitir como certo a existência de outro fato partindo de um fato comprovado no processo (PELUSO, 2016, p. 236).

Para muitos autores como José Souto de Moura, Manzini e Bettioli, não é possível entender a presunção de inocência levando em consideração o sentido técnico da palavra, porque a experiência evidencia que a maioria dos acusados são condenados ao final do processo penal. Desse modo, aplicando o raciocínio de probabilidade, um indivíduo acusado não poderia ser presumido inocente, mas sim culpado, logo, a presunção de inocência não pode ser baseada no sentido técnico (VILELA, 2000, p. 82).

Há, ainda, a presunção legal, que é “uma técnica de criação de realidades do mundo jurídico” (PELUSO, 2016, p. 236) para uma melhor operação do direito. Assim, a presunção legal constitui uma verdade jurídica com base em algo que normalmente ocorre na realidade extrajurídica. Essa presunção legal pode ser classificada em *iuris tantum* ou *iure et de iure*. A primeira designação é utilizada quando se admite prova em contrário. Nesse caso, a parte que tem essa presunção a seu favor está desincumbida do ônus da prova, cabendo à outra parte provar o contrário. Por outro lado, será *iure et de iure* quando a lei determinar que aquela presunção é absoluta, ou seja, inilidível, não sendo admitida prova em sentido oposto (VILELA, 2000, p. 82).

Se por um lado há uma certa unanimidade quanto a impossibilidade de entender a presunção de inocência baseada no sentido técnico da palavra, o mesmo não se pode dizer quanto ao sentido da presunção em sentido legal. Para Vázquez Sotelo, a presunção de inocência pode sim ser entendida a partir do sentido legal. Ele se fixa na ideia de que empiricamente a regra é que os cidadãos são inocentes e isso deve ser mantido até que haja prova em contrário (VILELA, 2000, p. 85).

Segundo esse autor, a expressão deve ser entendida como uma verdade interina ou provisória, ou seja, é um estado que não necessita de prova para ser configurado, mas admite prova em sentido contrário. Nesse ponto, se assemelha às presunções *iuris tantum* pois em ambas o legislador estabelece abstratamente situações que podem ser desfeitas por meio da prova. Já para José Souto de Moura a presunção de inocência seria uma ficção jurídica por, em síntese, levar em consideração que a inocência não seria a regra no caso das pessoas acusadas (VILELA, 2000, p. 83).

Não obstante esses posicionamentos, é forçoso reconhecer que tanto o sentido técnico ou lógico quanto os sentidos legais da palavra presunção são insuficientes para compreender a essência da presunção de inocência, para isso o vocábulo presunção mostra-se impróprio (PELUSO, 2016, p. 237). Nesse cenário, para se chegar ao seu conteúdo semântico, é necessário analisar o significado ideológico da palavra inserido no contexto em que a expressão foi cunhada. Nessa direção, Antônio Magalhães Gomes Filho afirma que:

Antes de tudo, a afirmação “tout homme étant présumé innocent”, constante do texto da Declaração de 1789, o termo “presumido” não foi certamente empregado no sentido técnico de prova indireta; o apelo à “presunção”, no caso, pouco tinha a ver com a ideia de consequência que a lei extrai de um fato conhecido para um fato desconhecido, significando, antes disso, uma atitude emocional de repúdio ao sistema processual penal até então vigente, no qual o acusado devia comprovar a improcedência da acusação, sob pena de suportar as consequências do *non liquet*. (GOMES FILHO, 2003, p. 127).

Diante disso, fica mais claro que para o tratamento do tema é imprescindível compreender as presunções como normas de comportamento, baseadas em valores ideológicos e técnicos, por meio das quais o legislador formula, não afirmativas sobre a realidade, mas sim regras de “dever ser”. Nessa perspectiva, a presunção de inocência trata-se de uma presunção política, pois expressa uma orientação do constituinte para garantir o direito individual de liberdade do acusado ante o suposto interesse coletivo à repressão penal (GOMES FILHO, 2003, p. 128), rompendo com o passado autoritário da ditadura. A mesma perspectiva é apresentada por Luiz Flávio Gomes, o qual defende que a palavra presunção está sendo utilizada como uma valoração feita pelo constituinte (GOMES, 1996, p. 4).

Após essa análise sobre o termo presunção, cabe agora analisar o termo inocência, mais especificamente no que se refere à existência ou não de distinção entre a fórmula “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”. Este é outro ponto de intenso debate doutrinário que influencia até mesmo na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Tal divergência se deve principalmente em virtude do art. 5º, LVII, da CRFB/88 não trazer em sua redação a palavra inocente: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, sendo este fato utilizado como justificativa por uma doutrina reacionária.

Ante essa redação, alguns autores entendem haver sim distinção entre significados e aplicações das duas expressões. Para o autor Rogério Sanches Cunha, por exemplo, haveria

essa diferenciação tendo em vista a literalidade do art. 5º, LVII da CRFB/88. Segundo ele, o ordenamento jurídico brasileiro não presume que o cidadão é expressamente inocente, caso contrário não haveria harmonia com o sistema de prisão provisória previsto no CPP. Desse modo, no Brasil haveria a presunção de não culpa, que apenas visa impedir a incidência da condenação até o trânsito em julgado da sentença (CUNHA, 2021, p. 125).

De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a presunção de inocência também não se confunde com presunção de não culpabilidade, uma vez que a inocência é um conceito qualitativo que não possibilita gradações. Portanto, não há “semi-inocente” ou acusado mais ou menos inocente. O conceito de culpabilidade, por sua vez, é um conceito qualitativo quando se refere à definição de crime, mas também quantitativo como medida de pena, sendo assim, admite gradações de acordo com circunstâncias objetivas e subjetivas do fato (SANTOS, 2019, p.4).

Para o autor, a redefinição do princípio da presunção de inocência como presunção de não culpabilidade tem as seguintes consequências: a diminuição do ônus da prova da acusação para que esta parte apenas tenha que provar a materialidade e a autoria do fato; e permitir a gradação do princípio de acordo com o estágio da persecução penal, possibilitando um tratamento mais gravoso de acordo com a formação de título de culpa provisório. Justamente por isso essa redefinição do princípio como presunção de não culpabilidade deforma o significado político desse postulado constitucional (SANTOS, 2019, p.4).

Por outro lado, há autores que se posicionam afirmando que não há diferença entre as expressões, como é o caso de Gustavo Henrique Badaró, para quem essa diferenciação é inexistente, pois se tratam de variantes de um mesmo conteúdo, devendo ser reconhecida a equivalência entre os termos. Além disso, esclarece fervorosamente que “Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.” (BADARÓ, 2015, p. 57). Nesse sentido também se encontra Nereu José Giacomolli (GIACOMOLLI, 2014, p. 93).

Frente esses diversos posicionamentos, Antônio Magalhães Gomes Filho defende que tal discussão é de pouco proveito prático, uma vez que o texto do Pacto de São José da Costa

Rica prevê expressamente a palavra inocência e esse diploma internacional foi aprovado no Congresso Nacional, tendo o seu o seu integral cumprimento determinado pelo governo brasileiro por meio do Decreto 678 de 1992. Dessa maneira, mesmo o art. 5º, LVII, da CRFB/88 já tendo consagrado a presunção de inocência em sua redação negativa (não-culpabilidade), o dispositivo internacional impede que haja dúvida sobre o alcance da proteção constitucional (GOMES FILHO, 2003, p. 127).

Ante todo o exposto, nota-se que a terminologia presunção de inocência não pode ser compreendida como presunção em sentido técnico ou legal, mas sim no seu valor semântico e ideológico, como verdadeira presunção política. De igual modo, também não é possível compreender a expressão “inocência” ou “não culpabilidade” sem levar em consideração os objetivos e a função desse princípio como uma garantia de proteção do cidadão em face do poderio estatal.

Qualquer diferenciação baseada em formalismos técnicos pode esconder uma tentativa de abrir uma brecha para deformar o significado político, a fim de diminuir o alcance e as dimensões desse princípio constitucional. Por esse motivo, entende-se que, ao invés de admitir divergência entre presunção de inocência e presunção de culpabilidade, deve-se entender como expressões de mesmo conteúdo, dando ao segundo a mesma amplitude do primeiro, tendo em vista o valor semântico, ideológico e político usado pelo constituinte.

3. A presunção de inocência como princípio-garantia e direito dos indivíduos

Após a análise da etimologia da presunção de inocência é preciso identificar a sua natureza, se trata-se de princípio ou de regra, e como verificar o seu cumprimento como garantia¹. Para tanto, será utilizada a teoria dos princípios de Dworkin, pois segundo Maurício Zanoide Moraes é um método que pode de uma só vez:

- a) identificar como é a estrutura da norma jusfundamental, suas partes e inter-relações; b) revelar que muitas argumentações utilizadas atualmente para afastar a aplicação da presunção de inocência estão travestidas como se fossem linhas interpretativas, quando na verdade estão baseadas em opções ideológicas para reduzir de forma inconstitucional o "âmbito de proteção da norma"; e, ainda, c) criar

¹ Cabe pontuar que não será feita uma análise minuciosa, o uso da teoria dos princípios tem como objetivo apenas identificar qual a natureza da presunção de inocência para que se possa estabelecer qual é a forma de aplicação, se “tudo ou nada” ou ponderação.

padrões jusfundamentais mais racionais e sistêmicos de orientação no exame mais consistente e coerente das variáveis casuísticas de intervenção na presunção de inocência. (ZANOIDE, 2010, p. 265)

A teoria dos princípios define que norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios, ambas têm como semelhança o fato de apontarem para um “dever ser” que é demonstrado em forma de proibição, permissão ou mandamento. Nessa conjuntura, as regras têm sua substância mais ligada a formulações descritivas de condutas visando, por meio de sua estrutura, assegurar definitivamente um direito. Portanto, praticamente não têm em si mesmas uma carga valorativa ou o intuito de dirigir a uma finalidade. Justamente por conta desses fatores, os direitos garantidos por meio de regras ou incidem sobre um determinado contexto fático ou são afastados, ou seja, são aplicados por meio da subsunção, na forma “tudo ou nada”, não sendo passíveis de gradação ou ponderação (ZANOIDE, 2010, p. 271).

Já os princípios são normas escritas de modo a contemplar diversas situações concretas e podem ser cumpridos em diferentes medidas de acordo com as condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso em análise, devendo sempre serem aplicados na maior intensidade que couber no caso concreto. Desse modo, nem sempre serão realizados em sua totalidade, sendo aplicados em menor grau caso haja contraposição de algum outro princípio ou regra, cabendo buscar o seu maior grau de incidência. Como são passíveis de gradação, são uma espécie de norma que podem ser restringidas a depender da circunstância, e, para identificar a medida dessa restrição, devem ser utilizados critérios formais e materiais constitucionais (ZANOIDE, 2010, 271-272).

Antônio Magalhães Gomes Filho aponta que o conteúdo prescritivo da presunção de inocência se amolda em praticamente todos os múltiplos significados que são dados à expressão princípios. Primeiro porque há uma grande amplitude de destinatários e de conteúdo. Contempla diversos destinatários, tanto aqueles a quem cabe dar cumprimento às suas prescrições como também os indivíduos que são protegidos. Além disso, o seu conteúdo não é delimitado de forma precisa e rigorosa justamente para permitir a sua melhor aplicação ao caso concreto através da interpretação. Portanto, expressa uma norma geral, algo característico de princípios (GOMES FILHO, 2003, p. 129).

É significativo pontuar, ainda, outros aspectos que demonstram a natureza principiológica da presunção de inocência, como o fato de a sua substância não ser ligada à descrição de condutas, mas sim a um valor a ser preservado e alcançado, guardando em sua estrutura uma decisão político-ideológica, traço este já abordado no ponto sobre a terminologia. Ademais, essa natureza também é perceptível por meio da forma de aplicação, pois o sistema constitucional prevê limitações à presunção de inocência, tendo em vista a sua convivência com as prisões pré-processuais e processuais, ponto este que será abordado no próximo capítulo. Tendo esses fatores em vista, é evidente que o conteúdo normativo-axiológico, a estrutura normativa e a forma de aplicação da presunção de inocência revelam a sua essência principiológica (ZANOIDE, 2010, p. 273).

A presunção de inocência também serve como mecanismo de “sustentação, proteção ou tutela das posições do indivíduo na sociedade política” (GOMES FILHO, 2003, p. 130), exatamente por essa densidade e força de determinação é possível classificá-la como princípio-garantia, pois assegura outros direitos dos cidadãos, estabelecendo limites ao poder punitivo estatal. Um desses limites ao poder estatal e garantias do cidadão é a reserva de jurisdição em questões penais, a exigência de prova lícita para a comprovação da culpabilidade a ser comprovado pela acusação, o dever de absolver o réu em caso de dúvida e a vedação de tratamento equiparado ao de culpado (GOMES FILHO, 2003, p. 131).

Além disso, a partir da complementaridade da teoria objetiva e subjetiva, é visível que a presunção de inocência é uma garantia da sociedade como um todo e também de cada indivíduo. Segundo a teoria objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental assegura ao direito fundamental a condição de “instituição jurídica” que visa proteger um bem da vida de toda a sociedade. Assim, visa assegurar que a comunidade, no todo ou em sua maioria, não seja privada desse bem jurídico. Nessa visão, caso o direito seja obstado a um indivíduo, isso não seria suficiente para esvaziar o seu conteúdo ou para violá-lo (ZANOIDE, 2010, p. 266-267).

A teoria subjetiva, por sua vez, fixa que o conteúdo essencial tem como referência o indivíduo. Desse modo, não basta que o direito fundamental seja previsto para toda a sociedade, o seu exercício deve ser assegurado a cada um dos cidadãos. Com efeito, na hipótese de ter sido negado para um sujeito em uma situação concreta da vida já é configurada

uma violação concreta. Nota-se que essas teorias não são excludentes e, ao serem entendidas de forma complementar, podem garantir uma efetividade maior das normas fundamentais e explicar a sua extensão e finalidade (ZANOIDE, 2010, p. 267-268). Assim, a presunção de inocência é garantida quando prevista para todos os indivíduos como instituição jurídica que assegura a proteção de todos os cidadãos, estabelecendo limites ao Estado, e também deve ser garantida concretamente, caso contrário, se for negada a uma pessoa sequer, estará configurada uma violação.

Dessa forma, resta demonstrada a presunção de inocência como princípio-garantia que assegura a tutela de toda a sociedade e do cidadão, limitando o poder estatal. Ademais, deve ser aplicada tanto de maneira abstrata e ampla para toda a sociedade, bem como nas circunstâncias práticas da vida, isto é, em concreto, sob pena de ocorrer uma violação. Após isso, compete a análise dos desdobramentos, das dimensões da presunção de inocência a fim de identificar o seu âmbito de proteção.

4. Dimensões: o âmbito de proteção da Presunção de Inocência

Inicialmente, cabe ressaltar que há diversas classificações doutrinárias acerca do alcance, da dimensão, do âmbito de proteção da presunção de inocência. Há doutrinadores, como Renato Brasileiro de Lima, que consideram que essa garantia se subdivide em duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento (LIMA, 2020, p.47). Já Gustavo Henrique Badaró acrescenta a perspectiva de garantia política (BADARÓ, 2015, p. 57). Maurício Zanoide de Moraes defende, por sua vez, que a presunção de inocência se manifesta como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo (MORAES, 2010, p. 405).

No presente trabalho será adotado o mesmo entendimento do Tribunal Constitucional espanhol, segundo o qual a presunção de inocência tem quatro facetas principais: princípio informador do direito, regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento (BELTRÁN, 2018, p. 156). Tal perspectiva será adotada por ser mais ampla, por contemplar as demais e demonstrar de forma mais completa as decorrências do princípio ora estudado.

4.1 Presunção de inocência como princípio informador do direito

Importa dizer que no aspecto de princípio informador do direito ou garantia política, na nomenclatura de Badaró, a presunção de inocência se apresenta como pilar do sistema processual penal, estruturando todo o processo acusatório em respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos essenciais (BADARÓ, 2015, p. 57). Além disso, a sua presença é essencial em um Estado Democrático de Direito, pois o início da base humanitária do processo penal se dá com a consideração do imputado como pessoa inocente (GIACOMOLLI, 2014, p. 95).

Inicialmente, é imprescindível levar em consideração que o constituinte originário deu à presunção de inocência hierarquia de direito fundamental e cláusula pétrea. Diante disso, a presunção de inocência, somada aos demais direitos processuais garantidos na constituição, atuou e atua como força transformadora, retirando a visão do processo penal como mecanismo de segurança pública e tirando do centro o *ius puniendi estatal*, algo característico do CPP de 1941. Com efeito, o processo penal passou a ser instrumento de garantias do indivíduo em face do poder estatal, isto é, foi possibilitado a exercer sua verdadeira função (SILVA, 2017, p.101).

No que se refere às limitações à atuação estatal, pode-se dizer que a presunção de inocência tem papel basilar. Esse princípio estabelece o limite de reserva de jurisdição, pois ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” determina que a imposição de qualquer sanção penal apenas pode ocorrer após um julgamento pelo Poder Judiciário realizado de acordo com as regras do devido processo legal. Assim, a jurisdição é o meio insubstituível para obter a prova da culpa (GOMES FILHO, 2003, p. 131).

Além disso, o aspecto político ora tratado vincula tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário. O Poder Legislativo deve observar e respeitar esse princípio na elaboração das leis, não podendo editar leis tendentes a aboli-lo, sob pena de serem materialmente inconstitucionais. No que tange ao Judiciário, este deve observar esse princípio no momento de analisar os fatos, interpretar e aplicar os dispositivos legais ao caso concreto (ZANOIDE, 2010, p. 364). Esse esforço interpretativo é ainda mais necessário ao se debruçar sobre o

Código de Processo Penal brasileiro, tendo em vista a sua origem enraizada em ideais oriundos do fascismo italiano, conforme exposto no tópico sobre antecedentes históricos.

4.2 Presunção de inocência como regra probatória

Já o aspecto da presunção de inocência como regra probatória impõe que incumbe à parte acusadora o ônus da prova, devendo apresentar provas incriminadoras lícitas capazes de gerar um juízo de certeza no magistrado. Apenas assim pode ser prolatada uma decisão condenatória legítima ou a imposição de medida restritiva aos direitos do imputado durante a persecução penal (ZANOIDE, 2010, p. 405).

Como já explicitado, o termo presunção deve ser entendido em seu significado político ideológico pela opção do constituinte de considerar o cidadão inocente. Por ser este o estado natural, cabe à acusação o encargo de provar a culpa alegada, demonstrando a culpabilidade do acusado no cometimento do ilícito. Diante disso, parte da doutrina afirma que é dever da parte acusadora comprovar apenas o fato constitutivo do seu direito e a defesa deve demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Porém, é notório que essa posição realiza uma espécie de repartição do encargo probatório baseada em uma suposta teoria geral do processo. Tal teoria é cega para as especificidades do processo penal, uma vez que não leva em consideração os bens jurídicos indisponíveis em questão, quais sejam, a tutela da liberdade do acusado frente o *ius puniendi* do Estado (GOMES FILHO, 2003, p. 125). Justamente em virtude dos bens jurídicos em questão é dever do órgão acusador provar todos os elementos do conceito analítico de crime, ou seja, a tipicidade, ilicitude e a culpabilidade, sendo que para comprovar a ilicitude deve comprovar a inexistência das causas de justificação (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 190).

No mesmo sentido de que o encargo probatório da acusação não se resume à comprovação da autoria e da materialidade do crime encontram-se Nereu José Giacomolli (2014, p. 97), Fernando Laércio Alves da Silva (2017, p. 105) e Antônio Magalhães Gomes Filho (2003, p. 135). Sobre a necessidade de provar a inexistência de causa excludente de ilicitude se esta for alegada pelo réu, Aury Lopes Júnior esclarece que não se trata da impossível prova negativa:

Antes que algum incauto leitor pense que estamos exigindo a {impossível} prova negativa, esclarecemos que não se trata disso. Por exemplo, se a defesa alega que o delito foi cometido ao abrigo da excludente da legítima defesa, incumbe ao acusado provar que não houve a repulsa a uma injusta agressão (logo, provando que a agressão era justa), ou dita agressão não era atual ou iminente (logo, era passada ou futura), que o réu não repeliu a dita agressão usando moderadamente dos meios necessários (logo, demonstrando o excesso), enfim, trata-se de prova positiva que afaste a excludente. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 190).

Desse modo, o acusado não tem o dever de produzir provas, mas sim o direito, em decorrência do seu direito à ampla defesa. Cada oportunidade de produzir prova é uma chance da defesa provar a inocência do réu ou de desestabilizar as teses propostas pela acusação, gerando uma dúvida no órgão julgador de forma a se aproximar de um juízo absolutório. Portanto, a não-produção de prova não pode ser valorada negativamente (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 38)

Cabe pontuar, ainda, que antes da previsão expressa da presunção de inocência, o art. 186 do CPP previa que o silêncio do acusado poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa, uma espécie de coação para que o acusado produzisse a prova. Mas agora, após a Constituição de 1988, essa valoração negativa não é mais possível. Diante disso, pode-se dizer que o aspecto de regra de prova também se relaciona com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém pode ser impelido a produzir prova contra si mesmo.

Esse princípio está positivado de forma tímida no artigo 5º, LXIII, da CRFB/88 como direito do preso ao silêncio, mas com âmbito de aplicação maior do que a literalidade. Também importa ressaltar que a presunção de inocência, ao afirmar “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” permite a extensão do *nemo tenetur se detegere* a todos, amplificando o âmbito subjetivo de incidência desse princípio (GOMES FILHO, 2003, p. 137).

É importante levar em consideração, ainda, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre tal matéria. No caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (2000), a Corte Interamericana entendeu pela violação da presunção de inocência, prevista no art. 8.2 da CADH, tendo em vista que os juízes condenaram o réu sem que a acusação tivesse apresentado provas suficientes dos elementos subjetivos constitutivos do crime, ou seja, sem o Estado se desincumbir do ônus da prova. Ante esse cenário, a Corte concluiu que o Estado

peruano teve uma atuação impregnada pela presunção de culpa, em manifesta ofensa ao princípio da presunção de inocência no âmbito de proteção de regra probatória (GIACOMOLLI, 2014, p. 103).

Já o caso *Ricardo Canese vs. Paraguai* (2004), o réu havia sido condenado pelo juízo paraguaio com pena final de dois meses de prisão e multa em 1994 sob o fundamento de que o crime de difamação, ao prever a exceção da verdade como excludente de ilicitude, estabeleceria uma inversão do *onus probandi* contra o imputado, cabendo a este a prova da ausência de dolo ou da veracidade de suas declarações. Com base nisso foram afastados os argumentos defensivos. Essa decisão teratológica apenas foi anulada pela Corte Suprema de Justiça do Paraguai em 2002

Ao examinar o caso, a Corte Interamericana entendeu que houve ofensa à presunção de inocência porque o Estado partiu da presunção de dolo, incumbindo ao réu o ônus de provar a verdade de sua alegação e afastar a tese acusatória. Diante disso, a Corte Interamericana condenou o Paraguai e fixou a posição de que é ônus da parte acusadora provar todos os elementos constitutivos do crime, não cabendo à defesa demonstrar a existência de causa excludente de ilicitude para demonstrar a sua inocência.

Outro caso relevante é o caso *López Mendonza vs. Venezuela* (2011), no qual a Corte Interamericana reafirmou o seu entendimento de que o *onus probandi* é da acusação e que no processo penal deve haver prova plena para lastrear uma condenação, sob pena de incorrer em violação da presunção de inocência, porque qualquer dúvida deve resultar em benefício do acusado. Porém, pontuou que a presunção de inocência quando aplicada no processo administrativo pode não exigir prova tão contundente para a condenação por dolo ou culpa quanto é exigida no processo penal (GIACOMOLLI, 2014, p. 105).

Além do já exposto, é relevante evidenciar que a exclusividade do ônus da prova à acusação é um dos pilares para a imparcialidade do magistrado, pois não permite a produção probatória de ofício, conforme será melhor demonstrado a seguir. Segundo Aury Lopes Júnior “a gestão a prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores” (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 178), o princípio

dispositivo, no qual a gestão da prova fica nas mãos das partes, e o princípio inquisitivo, em que a gestão das provas fica à cargo do juiz.

A produção probatória por parte do órgão julgador é uma característica do sistema inquisitivo, principalmente baseado no princípio da busca da verdade real. Historicamente, esse postulado se firmava no ideal de que o inquisidor/julgador não era sujeito à falhas por seu contato com o divino (WEDY, 2016, p. 219), seja por ser alguém investido de poder pela Igreja, principalmente na Idade Média, ou por ser o monarca, pois este seria a representação de Deus na terra, segundo a teoria do direito divino.

Além disso, cabe ressaltar que no sistema inquisitivo a gestão da prova é entregue ao julgador que, obcecado pela verdade dos fatos, busca a prova necessária para a condenação do réu, em uma perspectiva de processo penal fundamentado em um ideal de defesa social e não como uma garantia do cidadão. Essa obsessão era notória principalmente nos ideais da Escola Positivista que não se conformava com a possibilidade de uma produção probatória deficitária por parte da acusação (WEDY, 2016, p. 230-231).

Porém, atualmente é levado em consideração que não é possível identificar a “verdade real”, tendo em vista as limitações do conhecimento humano e o fato de que o julgador não tem observação direta sobre os fatos, mas apenas interpretações ou representações por meio de testemunhas, laudos, etc. Ademais, para a reconstrução da realidade feita no processo deve-se respeitar as limitações legais para a recepção de provas. Desse modo, apenas é possível se chegar a uma verdade legal/processual relativa (WEDY, 2016, p. 225).

Além da inalcançabilidade da verdade real, deve-se levar em consideração a teoria da dissonância cognitiva. Segundo ela, as pessoas tendem a adequar o seu conhecimento à sua opinião, ignorando possíveis contradições existentes entre os dois, em prol de um equilíbrio cognitivo. Portanto, diante de uma contradição entre o conhecimento e a opinião (dissonância cognitiva) as informações contrárias à hipótese tida mentalmente como correta tendem a ser menosprezadas sistematicamente enquanto as informações que fortalecem tal hipótese tendem a ser elevadas a um maior destaque (WEDY, 2016, p. 208).

Ademais, haveria uma “busca seletiva de informações” com o intuito de confirmar a suposição formulada. Sendo assim, as suposições tendem a prevalecer sobre os próprios fatos porque “o sujeito tenderia a considerar o imaginário como sendo “real possível” e, por isso, a atividade probatória estaria contaminada pelo desejo de confirmação da hipótese” (WEDY, 2016, p. 208).

Tendo isso em vista, permitir a produção da prova de ofício pelo juiz possibilita que ele faça o exercício de projetar a possível existência de um fato e buscar a prova capaz de demonstrar aquilo que foi imaginado. Posteriormente, terá a tendência, mesmo que inconsciente, de se atentar para os elementos dos autos que possam reforçar a suposição formulada, não por má-fé mas por ser esta uma característica do funcionamento do raciocínio humano. Dessa maneira, restará prejudicada a imparcialidade do julgador.

Cabe ressaltar, também, que a prova serve para desconstituir a presunção de inocência, logo, se ao juiz for permitida a atividade probatória, ele estaria atuando em sentido contrário à essa presunção, logo, favorável à acusação, destruindo a igualdade, o contraditório e a estrutura processual formada de dialeticidade (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 180). Por esse motivo, a produção probatória de ofício apenas serve para prejudicar as garantias de um Estado Democrático de Direito, uma vez que o seu objetivo, a identificação de uma suposta verdade real, é inalcançável. A presunção de inocência no âmbito da regra de prova destina o ônus da prova exclusivamente para a acusação e veda a iniciativa probatória pelo juiz, garantindo a imparcialidade do magistrado, o sistema acusatório e outras garantias do indivíduo.

4.3 Presunção de inocência como norma de juízo

A presunção de inocência em sua terceira dimensão, como norma de juízo, impõe ao magistrado o dever de demonstrar a suficiência do material incriminatório para revelar a culpa do acusado, somente o condenando caso tenha sido consolidada uma certeza fática. Assim, se houver dúvida acerca da culpabilidade, impõe-se a absolvição do réu (ZANOIDE, 2010, p. 406). Essa manifestação como norma de juízo se relaciona estreitamente com o *favor rei* e o *in dubio pro reo*, que são integrantes do âmbito de proteção da presunção de inocência. Entende-se assim pois dessa forma é possível estender ao *in dubio pro reo* e ao *favor rei* a

força cogente dada ao princípio-garantia constitucional. Assim, ambos passam a ser imposições constitucionais ao legislador e ao julgador e não apenas opções interpretativas (ZANOIDE, 2010, p. 368).

Dito isso, o *in dubio pro reo* incide apenas no campo judicial, mais especificamente quando há dúvida sobre os fatos no momento decisório. Essa regra decisória é de especial relevância, tendo em vista as limitações para a reconstrução dos fatos dentro do processo, já expostas quando abordado o tema da verdade real. Assim, frente a um arcabouço probatório insuficiente para formação de certeza quanto a culpa do réu e levando em consideração que ao Estado-jurisdição não é permitido pronunciar o *non liquet* e deixar de decidir, essa regra estabelece que em caso de dúvida o réu deve ser absolvido, confirmando o seu estado de inocência (ZANOIDE, 2010, p. 403). Ademais, essa forma de decidir também se aplica no momento do magistrado conceder ou não o pedido de prisão cautelar do réu ou qualquer outra medida de cerceamento da liberdade do indivíduo.

É preciso destacar, ainda, que essa regra decisória também se aplica no caso de sentença condenatória, pois estabelece a exigência de motivação, por meio da qual é possível verificar se o princípio foi realmente respeitado. De acordo com Nereu José Giacomolli, na dosimetria da pena, a presunção de inocência determina que a pena-base (artigo 59 do CP) apenas pode ser fixada acima do mínimo se houver uma motivação fática fundada em provas robustas presentes nos autos. Já as agravantes e causas especiais de aumento da pena, além da descrição na inicial acusatória, é necessária a existência de prova capaz de gerar certeza no julgador. Porém, as atenuantes e as causas de aumento devem ser consideradas a partir do *in dubio pro reo* (GIACOMOLLI, 2014, p. 98).

Já o *favor rei* “é uma escolha valorativa que não tem como causa a ‘dúvida’, sua base informadora são os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e a proteção da liberdade e do patrimônio do cidadão, por meio de um devido processo legal.” (ZANOIDE, 2010, p. 366). Em razão dessa essência, o *favor rei* vincula o legislador a editar leis que estejam de acordo com esses valores e vise assegurá-los.

Atua também no âmbito do Poder Judiciário pois aponta ao magistrado qual valor previsto constitucionalmente que deverá ser utilizado na interpretação da norma para que esta

seja aplicada ao caso sob análise. Com efeito, opera para evidenciar a melhor opção técnica dentre as diferentes metodologias, doutrinas ou vertentes ideológicas existentes para compreender o texto normativo que já é claro, logo, não se relaciona com uma dúvida fática (ZANOIDE, 2010, p. 366).

4.4 Presunção de inocência como regra de tratamento

Por fim, importa agora analisar a presunção de inocência como regra de tratamento, a qual impõe ao Estado, seja na fase de investigação ou no processo, o dever de tratar o sujeito como inocente, não podendo impor restrições pessoais apenas pelo fato de existir a possibilidade dele ser condenado futuramente (FIGUEIREDO, 2012, p. 57). Com efeito, a liberdade é a regra e o encarceramento a exceção, somente se justificando em hipóteses restritas (GIACOMOLLI, 2014, p. 99).

Essa regra de tratamento tem tanto conteúdo endoprocessual quanto extraprocessual. O conteúdo extraprocessual protege da publicidade abusiva o indivíduo sobre o qual paira a suspeita de ter cometido um delito, buscando impedir que este seja ainda mais estigmatizado apenas por estar sujeito à persecução penal. Esse dever de tratamento destina-se a todos os demais cidadãos e até mesmo ao legislador (GIACOMOLLI, 2014, p. 94).

Nessa conjuntura, não deve ser permitida a exploração da exposição midiática da pessoa. Os veículos de comunicação devem ser cautelosos no momento de transmitir as informações, não fazendo juízo de culpa sobre o imputado para não gerar uma espécie de juízo social que geralmente resulta na condenação sumária do indivíduo antes mesmo da decisão definitiva seguindo o devido processo legal (GOMES FILHO, 2003, p. 140). Portanto, é necessário que os meios de comunicação se limitem a descrever um estado de suspeita.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou sobre a ocorrência dessa exposição midiática abusiva no caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (2000), já abordado no ponto sobre regra probatória. Esse mesmo caso é relevante para a dimensão ora examinada porque Luís Alberto Cantoral Bonavides, quando foi preso pela Direção Nacional Contra o Terrorismo (DINCONTE), teve sua imagem vestido com o uniforme de presidiário

transmitida por veículos de informação. Estes por sua vez comunicaram que ele era autor do crime de traição à pátria e membro do Partido Comunista (GIACOMOLLI, 2014, p. 103).

Diante desses fatos, a Corte, além de reconhecer que houve condenação sem provas suficientes, também concluiu pela ocorrência de transgressão da presunção de inocência, pois o acusado foi tratado perante a opinião pública como culpado (GIACOMOLLI, 2014, p. 104). Portanto, é evidente que a Corte Interamericana de Direitos Humanos também reconhece o conteúdo extraprocessual da regra de tratamento. Cabe pontuar, ainda, que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também reconhece esse conteúdo e entende que a divulgação de reconstituição à qual o imputado participou, com testemunho reais, fere o postulado em questão (SANGUINÉ, 2013, p. 62).

Ademais, o conteúdo extraprocessual também vincula todos os agentes estatais, como os investigadores e outras autoridades públicas, que ao darem entrevistas não podem fazer declarações que incitam o público e juízes a crerem na culpabilidade do indivíduo, essa também é a posição do TEDH (SANGUINÉ, 2013, p. 62). Outro agente estatal vinculado a esse conteúdo é o legislador. Este, por sua vez, tem a sua atuação limitada, não podendo editar hipóteses legais de prisões que não atendam a finalidades processuais. Dessa maneira, evita-se que quaisquer antecipações da punição sejam consideradas legítimas com base em uma suposta exigência processual (GOMES FILHO, 2003, p. 140).

Quanto ao conteúdo endoprocessual, este se dirige aos agentes estatais que atuam no processo, principalmente ao julgador e ao órgão acusatório, que não podem tratar o indivíduo como culpado ou como objeto do processo, seja ele suspeito, acusado ou até mesmo condenado por uma decisão ainda sem trânsito em julgado (GIACOMOLLI, 2014, p. 94). Uma manifestação prática disso é a proibição do uso de algemas de forma injustificada, a qual foi consolidada na súmula vinculante nº 11 por ter em vista que as algemas refletem um tratamento do indivíduo como alguém perigoso que deve ter a sua movimentação corporal limitada. Esse desrespeito à presunção de inocência era ainda mais comum antes da edição da súmula mencionada.

No sentido de vedação de tratamento do acusado como objeto do processo há a posição da Corte Interamericana no caso *Tibi vs. Equador* (2004), no qual Daniel David Tibi foi

detido por autoridades policiais sem ordem judicial, transportado até a cidade de Guayaquil, onde ficou preso ilegalmente por 28 meses e submetido à tortura a fim de que fosse obtida a confissão de participação em um crime de tráfico de narcóticos. O tribunal interamericano decidiu pela ocorrência de transgressão da presunção de inocência tendo em vista que o Estado coagiu Daniel a confessar a prática de um delito, partindo de preconceção de culpa e que a prisão por 28 meses configurou antecipação da pena, algo vedado pelo princípio em questão (GIACOMOLLI, 2014, p. 108).

É preciso reconhecer que a jurisprudência da Corte Interamericana sobre a presunção de inocência como regra de tratamento é robusta e extensa. Por isso, outros casos serão abordados no capítulo destinado à prisão provisória, visto que os *cases* serão de maior valia por versarem sobre a proporcionalidade, hipóteses de cabimento e quando essa medida restritiva de liberdade configura antecipação da pena.

Outra manifestação prática é a impossibilidade de considerar registros e inquéritos policiais ou ações penais em curso como maus antecedentes. Isso ocorre porque o fato de o imputado ter sido condenado definitivamente em um processo não significa que ele cometeu o crime objeto de outro processo. Uma condenação definitiva anterior não diminui a dimensão da proteção da presunção de inocência, caso contrário haveria um direito penal do autor e não direito penal do fato. Ademais, a regra de tratamento vindica que todo e qualquer ato que resulte em uma espécie de antecipação de um juízo de censurabilidade deve ser justificado nos fatos e em aspectos jurídicos (GIACOMOLLI, 2014, p. 99).

Não obstante a relevância das implicações da regra de tratamento expostas até aqui, urge demonstrar que o seu aspecto mais considerável se refere a garantir o *status libertatis* da pessoa. Desse modo, não são permitidas prisões preventivas obrigatórias ou vedações à liberdade provisória. Também da mesma garantia decorre que é vedada qualquer espécie de execução provisória da pena (GOMES FILHO, 2003, p. 138-140), ponto de crescente debate nos últimos anos, principalmente por juristas que defendem uma maior "efetividade da jurisdição", conforme será visto a seguir.

Existem hipóteses constitucionais nas quais a liberdade do acusado pode ser excepcionada, permitindo o recolhimento prisional do cidadão. Nesse ponto, é importante

determinar qual o termo final da presunção de inocência, pois muito se tem debatido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da possibilidade ou não de execução provisória da pena.

Parte da doutrina e da jurisprudência afirmam que a presunção de inocência, por se tratar de um princípio, admite ponderações, em razão disso, gradualmente o seu âmbito de incidência diminuiria com o decorrer da marcha processual e com a ocorrência de decisões condenatórias. Nessa perspectiva, ante a presença de acórdão condenatório em segunda instância e a impossibilidade de exame fático-probatório nos recursos aos Tribunais Superiores, passaria a ser permitida a prisão provisória do réu. Para tanto, também argumentam que em grande parte do cenário internacional as sentenças penais condenatórias são executadas, no máximo, quando confirmadas pela segunda instância (OLIVEIRA NETO, 2019, p. 154).

Outro argumento que busca relativizar o termo final pode ser visto no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292/2016. Nessa oportunidade, por meio da interpretação sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da CRFB/88, o ministro afirmou que o art. 5º, LVII, da Constituição de 1988 versa sobre a necessidade de trânsito em julgado para a consolidação da culpa e não para a possibilidade de execução da pena de prisão. Sendo assim, estaria autorizada a execução provisória da pena após uma condenação firmada pela segunda instância.

Há, ainda, aqueles que tentam justificar a relativização do princípio com base na defesa de uma suposta efetividade da jurisdição, afirmando que são interpostos recursos especiais e extraordinários de forma protelatória como estratégias de defesa para postergar o trânsito em julgado ou até mesmo para que ocorra a prescrição,² gerando na sociedade uma sensação de impunidade. Esse fundamento foi utilizado pelo ministro Teori Zavascki no HC 126.292/2016.

²Após o advento da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote Anti-crime, a prescrição da pretensão punitiva apenas pode ocorrer se o recurso extraordinário ou especial for admitido, tendo em vista que foi inserida no art. 116, III, do CP a hipótese de interrupção da prescrição na pendência de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis.

Entretanto, esses posicionamentos não estão de acordo com a Constituição. Primeiro, porque a Constituição Federal de 1988 foi taxativa ao prever em seu artigo 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Portanto, não há gradação da presunção de inocência, sendo bem clara em sua literalidade que o estado de inocência deve permanecer até o trânsito em julgado, estabelecendo um conceito de culpabilidade jurídica e não fática. Também é inequívoco o conceito de trânsito em julgado como decisão da qual não cabe mais recurso, se tornando imutável com formação de coisa julgada formal ou material, a depender do caso, e a consolidação de uma nova situação jurídica (BADARÓ e LOPES JÚNIOR, 2016, p. 17-18).

Além disso, não se pode admitir a degradação da presunção de inocência com o acórdão condenatório em segunda instância, pois isso se basearia em uma ideia de inerrância desses tribunais, como se a decisão por eles prolatada não pudesse ser eivada de vícios ou revertida em favor do réu. A título de exemplo, o artigo de Thiago Ferreira da Silva traz registros de acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos quais os desembargadores por diversas vezes condenaram indivíduos por não terem provado a licitude da origem do bem que traziam consigo ou que a droga era para consumo próprio (SILVA, 2019, p. 335).

Essas são situações teratológicas de inversão do ônus da prova para a defesa, algo inconcebível no processo penal (SILVA, 2019, p. 335), uma matéria de direito que evidentemente deve ser revista por meio de recursos aos Tribunais Superiores. Uma eventual execução provisória teria por base uma decisão judicial que transgrediu o devido processo legal. Ademais, afirmar que a interposição de recursos especiais e extraordinários tem finalidade meramente protelatória além de ter como base a inerrância dos Tribunais de Segundo Grau, não só presume a culpa do réu, como também presume sua má-fé processual enquanto este exerce um direito constitucionalmente previsto.

Não é rara a ocorrência de um acórdão prolatado em desconformidade com a jurisprudência e até mesmo de entendimentos consolidados em súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Por isso há dados que apontam que 35% de todos os habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública foram providos pelo STJ no período de 2015 a 2017 (SANTOS, 2020, p. 213).

Tal dado é importante porque na prática forense a defesa técnica utiliza esse remédio constitucional mais vezes do que a interposição de RE e de RESP em razão da urgência da situação dos encarcerados e após a concessão dos habeas corpus os recursos são considerados prejudicados. De qualquer forma, esse número de concessões é relevante por demonstrar os erros cometidos pelos Tribunais de 2º grau, de modo que a interposição desses recursos pela defesa não pode ser desprezada a ponto de impor a execução antecipada da pena.

Deve-se ter em mente, ainda, que não são raras as exceções que permitem a análise de prova de fato por parte dos Tribunais Superiores, como as seguintes hipóteses: “(i) de erro judiciário sobre prova de autoria, (ii) de violação da legalidade por inexistência de tipo de injusto e (iii) de equívoco na fixação da pena - situações de prova de fato objeto de necessário reexame em recursos extraordinários.” (SANTOS, 2019, p. 4). Para mais, a execução provisória também não se sustenta com base em uma dissimulada interpretação sistemática, pois a prisão como pena é indissociável do conceito de culpa e, conseqüentemente, vinculada à sentença definitiva, diferentemente da prisão processual, que tem natureza cautelar. Portanto, para a decretação de cada uma devem ser respeitados os seus requisitos, ou seja, para a prisão como pena deve haver trânsito em julgado (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 161).

Cabe pontuar que para evitar uso de recursos para Tribunais Superiores com finalidades procrastinatórias e antecipar o trânsito em julgado, o Senador Ricardo Ferraço propôs a PEC nº. 15/2011, que buscava transformar os atuais Recursos Especial e Extraordinário em ações rescisórias, por meio da alteração da redação dos artigos 102 e 105 da Constituição. Contudo, essa proposta de emenda foi arquivada em 15/09/2015.

Além disso, a efetividade da jurisdição e a sensação social de impunidade não podem ser utilizadas para justificar o tratamento do acusado como culpado antes do trânsito em julgado, tendo em vista que só há efetividade da jurisdição quando há decisão justa, ou seja, com a observância do devido processo legal não devendo dar celeridade à marcha processual às custas das garantias constitucionais. Importa dizer que a prescrição da punibilidade ou a demora para o trânsito em julgado não ocorre por conta da presunção de inocência, mas sim na inefetividade da estrutura judiciária, não devendo o imputado sofrer as conseqüências dessa ineficiência (SANTOS, 2019, p. 3-4).

Essa alegação de efetividade da jurisdição na verdade oculta um interesse pragmático na área do controle social por parte do Estado, algo de essência inquisitória e autoritária, característico do CPP de 1941, mas que foi retirado pela Constituição de 1988. Cabe lembrar, também, que a presunção de inocência não é apenas uma garantia individual, mas também de toda a sociedade em face do poder punitivo estatal (SANTOS, 2019, p. 3-4). Entendimento em sentido contrário pode ser compreendido como influenciado por um direito penal de emergência para responder aos clamores sociais a qualquer custo.

Diante disso, resta demonstrado que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado da decisão condenatória, logo, o indivíduo deve ser tratado como inocente até que a decisão que o condenou seja imutável. Sendo assim, uma vez que só há duas modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico pátrio, a prisão processual e a prisão como pena (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 153), sendo que esta última não pode ser executada antes da definitividade do título de culpa, resta concluir que apenas é possível excepcionar a liberdade do acusado nas hipóteses das prisões que visam assegurar o processo. Esse também é o entendimento de José Nereu Giacomolli:

O motivado acautelamento processual, nos limites da CF, ou seja, somente no caráter cautelar e vinculado à instrumentalidade processual, é uma consequência da presunção de inocência. A constitucionalidade da prisão preventiva advém do art. 5º, LXI, da CF, mas quando encontrar base no devido processo, isto é, na observância de direitos e garantias constitucionais: devido processo legal, competência da autoridade, fundamentação da decisão, legalidade cautelar, ordem escrita e presunção de inocência. (...) Portanto, a presunção de inocência situa o recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como última medida processual a ser adotada, sob pena de representar uma execução antecipada de uma sanção criminal ainda não delimitada definitivamente. (GIACOMOLLI, 2014, p. 101).

Ante o exposto, neste capítulo foi montado um panorama geral da presunção de inocência, desde os seus aspectos históricos, a sua terminologia, a definição como princípio-garantia a ser assegurado a toda sociedade e a cada indivíduo. Por fim, foram esquadrihadas todas as suas dimensões como princípio informador do direito, regra probatória, regra de julgamento e regra de tratamento. É a partir dessa moldura que será aprofundada a análise das hipóteses das prisões processuais e a sua conformação como intervenção estatal no âmbito de proteção da presunção de inocência, algo que será analisado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – PRISÃO PROVISÓRIA

1. O desafio da convivência da prisão provisória com a presunção de inocência

No ponto anterior foram identificadas as dimensões, isto é, o âmbito de proteção da presunção de inocência como princípio informador do direito, regra probatória, regra de juízo e regra de tratamento. Quanto ao aspecto da regra de tratamento, foi evidenciado que a sua característica mais relevante no Estado Democrático de Direito se refere à garantia do *status libertatis* da pessoa. Como foi visto, a presunção de inocência tem natureza jurídica de princípio, tendo um amplo âmbito de incidência, devendo ser aplicada na maior intensidade possível dentro das circunstâncias fáticas que se apresentarem no caso em análise. Por mais importante que sejam para a estrutura de um ordenamento jurídico, os princípios são passíveis de relativizações a depender das circunstâncias fáticas que se apresentem no caso concreto.

Se a presunção de inocência sempre fosse aplicada em sua intensidade máxima sem qualquer restrição, a prisão provisória, antes do trânsito em julgado, não seria admitida em hipótese alguma. Contudo, a partir da leitura do próprio rol de direitos fundamentais do artigo 5º da CRFB/88 é perceptível que essa não foi a vontade do constituinte, pois trouxe hipóteses nas quais o indivíduo pode ser preso provisoriamente. Isso se depreende do art. 5º, incisos LXI e LXVI da Constituição. Portanto, é notório que, a depender do contexto que se apresente na realidade, a presunção de inocência, principalmente no que se refere à regra de tratamento, poderá ser aplicada com uma menor intensidade permitindo a restrição da liberdade pessoal do indivíduo.

As regras de processo penal foram criadas para impedir arbitrariedades por parte do Estado, para reduzir ao máximo a possibilidade de imposição de penas e sanções ao inocente. Por isso que o encarceramento, como regra, apenas pode ocorrer após a estabilização da sentença condenatória. Porém, a República Federativa do Brasil, em sua Carta Política, também assumiu o compromisso de proteger bens jurídicos de toda a coletividade. Conforme expresso por Lenio Streck:

Como se sabe, a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado - e inclusive através do direito

punitivo - uma vez que o cidadão tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos. (STRECK, 2004, p. 243)

Essa aparente dicotomia é de difícil conciliação e de grande relevância na atuação do Estado, pois a relação entre a presunção de inocência e medidas cautelares restritivas de liberdade é um forte indicativo sobre a atualidade política da Constituição. Na verdade, o tratamento dado à prisão provisória em um determinado ordenamento jurídico é um medidor melhor para determinar a ideologia política presente em um momento histórico do que a própria pena aplicada. Historicamente há uma forte oscilação na busca do melhor equilíbrio entre a proteção social e a máxima intensidade do princípio em questão, que garanta a justiça individual e coletiva, uma vez que o encarceramento do inocente fragiliza o tecido social (SANGUINÉ, 2014, p. 16).

Essa enorme complexidade teórica se agiganta ainda mais quando colocada à prova nas implicações práticas diárias, nas quais qualquer posição em concreto trará consequências tanto individuais quanto sociais. Ciente disso, no presente trabalho não se irá argumentar pela expurgação da prisão provisória, mas irá buscar traçar a relação da presunção de inocência e das medidas restritivas de liberdade, com o enfoque exclusivo na prisão, reconhecendo que esta infelizmente é um mal necessário, justificado na Constituição, o qual deve ser aplicado dentro dos limites estabelecidos na Carta Cidadã.

Para tanto, será utilizada a teoria dos princípios a fim de identificar os elementos dos princípios e perceber como as limitações constitucionais podem ocorrer de forma a preservar o conteúdo essencial do postulado ora analisado. A partir desse arcabouço será possível entender como se opera a restrição da presunção de inocência pela prisão provisória e, assim, identificar os limites dentro dos quais essa intervenção estatal pode ser considerada legítima. Após isso, se passará à exposição dos princípios que orientam a prisão processual e, em seguida, será feita a análise das hipóteses de prisão processual existentes no ordenamento jurídico brasileiro se são aplicadas em harmonia com a Constituição de 1988.

2. Prisão provisória e sua relação com a presunção de inocência

Segundo a teoria dos princípios, o suporte fático é formado pela situação jurídica ou fato jurídico que se encontra dentro do âmbito de proteção da norma, podendo ser classificado

como suporte fático abstrato ou concreto. O suporte fático abstrato é a previsão legal de certas situações ou fatos jurídicos e o estabelecimento das consequências jurídicas que ocorrem quando os bens jurídicos tutelados pela norma são violados. Sendo assim, contempla todos os bens jurídicos tutelados e o âmbito geral de aplicação do princípio. Já o suporte fático concreto, por sua vez, é a subsunção de um fato específico à norma (ZANOIDE, 2010, p. 274-275).

2.1 Adoção da teoria do suporte fático amplo

Há duas correntes que visam explicar a restrição dos princípios. Uma considera que os princípios nascem bem delimitados e outra divide o suporte fático em âmbito de proteção e a intervenção, sendo que a aplicação de cada teoria traz consigo consequências diametralmente opostas. A teoria restritiva defende que o suporte fático é restringido a priori, ou seja, a norma que prevê o princípio já concebe toda a sua extensão e o conteúdo do seu âmbito de proteção, bem como as espécies de restrições aceitáveis. Assim, exclui da proteção sujeitos ou situações ainda no campo abstrato (ZANOIDE, 2010, p. 278-281). Dessa maneira, as exclusões ocorrem no "âmbito de proteção" e também são admitidas exclusões na esfera da intervenção, tudo isso delimitado definitivamente no âmbito legislativo.

Essa teoria delimita o âmbito de proteção de forma sólida, já levando em consideração outros bens jurídicos protegidos, por isso não há separação entre o âmbito de proteção e os limites do direito fundamental, não existindo uma intervenção externa. Isso aumenta o risco de restrições arbitrárias quando há dúvidas sobre o conteúdo do direito protegido frente a outro bem jurídico tutelado que se apresente no caso concreto. Essa corrente foi usada pela ideologia comunitária do nacional socialismo alemão (SANGUINÉ, 2014, p. 51).

Nesse cenário, a norma se torna direito definitivo a ser aplicado, transformando-se em regra, não permitindo ponderação em concreto. Essa perspectiva se relaciona necessariamente com a teoria interna das intervenções, segundo a qual o direito já nasce limitado no plano legislativo impassível de restrição após a edição legal, sendo chamada de teoria dos limites imanescentes. Esta concepção, corre o risco de reduzir o direito fundamental a tal ponto que poderia sucumbir facilmente quando contraposto com um interesse genérico da "coletividade estatal"(SANGUINÉ, 2014, p. 51).

Já a teoria ampla entende que o âmbito de proteção da norma define os bens jurídicos tutelados, situações e condutas, mas estas previsões não são imutáveis ou absolutas, podendo ser excluídas da esfera de tutela após o sopesamento realizado nas circunstâncias fáticas apresentadas na realidade. Desse modo, há bens protegidos *prima facie* e posteriormente há a proteção definitiva realizada no caso concreto após terem sido levadas em consideração as possíveis intervenções estatais que se apresentaram no contexto (ZANOIDE, 2010, p. 281).

No momento da produção da proteção definitiva, realizada por meio da ponderação, devem ser demonstrados os argumentos jurídicos que fundamentam a intervenção estatal no âmbito de proteção, por meio dessa fundamentação será possível aferir se a intervenção é legítima ou não. Essa perspectiva, por sua vez, está intrinsecamente ligada com a teoria externa que visa explicar as restrições. De acordo com a teoria externa, os direitos fundamentais e as restrições são independentes e não estão necessariamente relacionados. A relação apenas ocorre diante das circunstâncias em concreto, externas ao direito, que impõem a necessidade de harmonizar os direitos individuais e os bens coletivos (ZANOIDE, 2010, p. 286).

Ante o exposto, a teoria do suporte fático amplo mostra-se a mais adequada para os fins deste estudo. Tal escolha se deve pois essa perspectiva permite a aplicação dos princípios na sua maior intensidade possível, uma vez que no campo abstrato tutela o maior número de bens jurídicos e tal proteção apenas é reduzida de acordo com a necessidade do caso concreto. Além disso, sua aplicação, ao operar-se por meio da ponderação, exige fundamentação, algo essencial para aferir a legitimidade da intervenção (ZANOIDE, 2010, p. 281).

Ademais, a teoria do suporte fático amplo também liga-se à teoria externa que é mais pertinente, pois ao considerar a intervenção estatal como elemento externo ao âmbito de proteção, permite uma melhor delimitação do conteúdo de ambos institutos. Importa ressaltar também que o fato de propiciar a argumentação jurídica para resolver eventuais colisões de direitos fundamentais possibilita uma maior convivência harmônica entre os direitos dos cidadãos (SANGUINÉ, 2014, p. 32), bem como a verificação dos limites da intervenção.

2.2. Prisão Provisória como intervenção estatal

Após esse esclarecimento e a adoção da teoria do suporte fático amplo, fica demonstrado que o suporte fático é composto pelo âmbito de proteção e a intervenção estatal externa. Cabe pontuar que o âmbito de proteção é o elemento do suporte fático que contempla todos os aspectos da vida assegurados *prima facie* pelo poder constituinte por serem considerados essenciais para a coletividade. Assim, nele está abarcada toda e qualquer ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma relação com o tema do direito fundamental (ZANOIDE, 2010, p. 282).

Em virtude disso, o presente trabalho considera que regra probatória, regra de juízo, regra estruturante do ordenamento jurídico e regra de tratamento são manifestações do âmbito de proteção da presunção de inocência, uma vez que são aspectos temáticos desse postulado que abarcam diversas situações jurídicas. Essa posição também pode ser baseada no entendimento de que no “âmbito de proteção *prima facie*” ocorre um somatório de significados sem que haja qualquer exclusão, pois busca-se a aplicação máxima (ZANOIDE, p. 284). Nesse ponto, cabe lembrar que, conforme exposto no capítulo anterior, o núcleo essencial do âmbito de proteção da presunção de inocência veda prisões preventivas obrigatórias e a execução provisória da pena.

Já o segundo elemento do suporte fático é a intervenção. A intervenção integra o suporte fático para reduzir o âmbito de proteção da norma, podendo ser legítima, quando justificada constitucionalmente, sendo chamada de restrição, ou ilegítima, sendo chamada de violação. As violações ocorrem quando é aplicada uma intervenção no princípio sem que haja justificção constitucional ou quando os limites admissíveis são extrapolados, atuando de forma desproporcional. Nesse cenário, a inércia do Estado também pode ser considerada como espécie de redução do âmbito de proteção da norma (ZANOIDE, 2010, p. 275-276).

Importa ressaltar que as restrições apenas são criadas em caso de necessidades externas ao direito para compatibilizá-lo com outros direitos de diferentes indivíduos, bem como com direitos individuais e coletivos, visando ao exercício mais amplo possível de todos os direitos tutelados (SANGUINÉ, 2014, p. 50). Nesse paradigma, as medidas cautelares são restrições à regra de tratamento estabelecida pela presunção de inocência autorizadas por

cumprirem o caráter instrumental de garantia do processo e da correta administração da justiça:

As medidas cautelares são limites ao direito à presunção de inocência porque são restrições ou condicionamentos de caráter ocasionais e excepcionais, não permanentes, na esfera de liberdade protegida por este direito, que afetam ao direito à presunção de inocência. Tais medidas estão justificadas por circunstâncias extraordinárias, tais como o desenvolvimento do processo de conhecimento e execução, que condicionam e afetam a esfera de liberdade protegida pelo direito à presunção de inocência, porque são instrumentos com que o Estado protege o conflito entre os direitos individuais e a sociedade que necessita ser protegida em face das violações do ordenamento jurídico. (SANGUINÉ, 2014, p. 59)

Desse modo, é possível afirmar que a justificação constitucional das medidas cautelares, e da prisão cautelar, se encontra, primeiro, no direito à tutela jurisdicional. A Constituição estabelece no seu art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Nesse dispositivo, ao incumbir o Judiciário do dever de apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, também concedeu os meios para garantir a efetividade de suas decisões, caso contrário não haveria verdadeira tutela, por isso existem as medidas cautelares.

É fundamental destacar que a análise da justificação constitucional é imprescindível para todas as medidas cautelares processuais penais, tanto as reais ou patrimoniais quanto as pessoais. Desde as medidas cautelares pessoais restritivas de liberdade menos invasivas, previstas no artigo 319 do CPP, até as extremamente invasivas, como é o caso da prisão provisória.

Caso o Estado não permitisse a prisão processual em hipótese alguma, poderia frustrar a própria persecução penal, seja por meio de embaraçamento da investigação e do processo por parte do indivíduo ou com a fuga, impedindo a aplicação da eventual pena a ser aplicada. Nesse cenário, o ordenamento jurídico seria reiteradamente transgredido sem a devida retribuição e reafirmação de sua vigência, conseqüentemente, a função do Direito Penal como proteção dos bens jurídicos individuais e sociais seria inócua. Portanto, é possível afirmar que as medidas cautelares penais têm fundamento constitucional na jurisdição bem como no princípio da necessidade de garantir o processo penal.

O princípio da necessidade está implicitamente previsto no art. 5º, inciso LXVI, da CRFB/88, pois prevê que a liberdade provisória deve ser concedida quando uma medida cautelar restritiva de liberdade não se mostrar necessária. Já no âmbito infraconstitucional se encontra no artigo 282, *caput*, inciso I, do CPP, o qual estabelece que as medidas cautelares pessoais apenas serão aplicadas se demonstrada a necessidade no caso concreto. Tal necessidade é demonstrada pelo risco de frustração processual e pela periculosidade do imputado (SANGUINÉ, 2014, p. 30). Essa periculosidade do imputado não se relaciona com juízo de culpabilidade, pois até o inocente ao ser levado pelo medo de uma condenação injusta pode agir de forma a obstruir o desenvolvimento do processo (MENDES, 2016, p. 83).

Além disso, o princípio da necessidade serve para que o Poder Público atue a fim de evitar a materialização do perigo, pois a sua ocorrência poderia impedir a realização do fim da prestação jurisdicional (SANGUINÉ, 2014, p. 33):

O conceito de necessidade constitui precisamente o nexó jurídico de união entre os componentes fático e teleológico, funcionando como justificação ou cobertura jurídica das atuações dos Poderes Públicos para adotar medidas imprescindíveis, adequadas e proporcionais à realização de um concreto fim essencial específico buscado pela comunidade, ameaçada por uma situação fática determinada, qualquer que seja a entidade e a maior ou menor iminência do perigo que a espreite, e em um contexto espacial e temporário determinado. Seu conteúdo e efeitos tão somente podem definir-se em cada caso concreto em função da combinação de dois elementos inseparáveis: o suporte fático e o fim a realizar (SANGUINÉ, 2014, p. 35)

Dessa forma, a necessidade de imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade apenas está configurada quando a ocorrência do elemento fático coloca em risco a realização da finalidade do Estado de proteger bens jurídicos por meio da punição de infrações penais após o devido processo legal. Porém, cabe ressaltar que infelizmente o aspecto teleológico da necessidade não está expressamente previsto pela Constituição, ficando a cargo da legislação infraconstitucional, de essência inquisitorial. Ainda assim, o texto constitucional não deixa dúvidas de que a necessidade não pode ser invocada de forma abstrata ou ampla, sendo vedada a utilização de “razão de Estado” ou do “interesse público” ou “clamor social” para a imposição de medidas restritivas de liberdade.

Nesse sentido, as medidas cautelares são limitações legítimas à regra de tratamento do indivíduo pois não só tem justificação constitucional direta no texto, como também são

instrumentos por meio dos quais o Estado tutela direitos individuais e da sociedade (SANGUINÉ, 2014, p. 59). Tutela direitos da sociedade, mas não com base em finalidades materiais - algo que configuraria uma execução antecipada da pena, fato manifestamente inconstitucional por ser vedado pelo núcleo essencial da presunção de inocência.

A tutela de direitos da sociedade ocorre justamente com a finalidade de assegurar o processo, uma vez que as medidas cautelares, ao serem aplicadas dentro dos limites admitidos, diminuem o risco evasão do investigado/acusado e, conseqüentemente, reduzem a possibilidade de frustração processual, bem como podem reduzir a periculosidade processual do imputado, pois dificulta que este possa destruir provas ou agir de forma a frustrar o processo (SANGUINÉ, 2014, p. 30). Assim, garantindo a persecução penal também são assegurados os direitos da coletividade. Ademais, o princípio da necessidade também reforça o caráter excepcional e subsidiário das medidas restritivas de liberdade, devendo sempre ser verificado se há medida alternativa com menor lesividade ao direito à liberdade. Desse modo, pode-se dizer que atua tanto como justificativa quanto limite da intervenção.

Após essa exposição, é imprescindível ressaltar que a função do processo penal como garantia do indivíduo em face do Estado não está sendo ignorada, tampouco deformada para uma suposta função de instrumentalizar a persecução penal. Apenas se está reconhecendo que o processo penal visa garantir o tratamento do indivíduo como sujeito de direitos sem que a persecução penal seja inviabilizada. Nesse cenário, as medidas cautelares restritivas de liberdade têm a sua justificação constitucional decorrente da garantia da efetividade da tutela jurisdicional e pelo princípio da necessidade de assegurar a finalidade do Estado de proteger bens jurídicos.

2.3 Limites à intervenção estatal legítima

Como já foi dito, todo princípio deve ser aplicado na sua maior amplitude dentro do caso concreto. Desse modo, o âmbito de proteção deve ser interpretado de forma mais ampla possível e as intervenções estatais de forma mais restrita, por isso as restrições de direitos constitucionais estão submetidas a limites. Os direitos constitucionais apenas podem ser restringidos por outra norma constitucional ou norma infraconstitucional, quando esta tiver sido elaborada com base em uma intervenção autorizada pela Constituição (SANGUINÉ,

2014, p. 53). Essa previsão legal de intervenção deve ser interpretada restritivamente sob o crivo do Poder Judiciário, que tem o dever de motivar e fundamentar os seus atos (ZANOIDE, 2010, p. 313).

O primeiro limite é a legalidade e previsão constitucional. A necessidade de legalidade está expressamente prevista no texto constitucional ao positivar os princípios do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88) e da legalidade (art. 5º, inciso II e XXXIX da CRFB/88). As intervenções estatais legítimas apenas podem ocorrer por meio de cláusulas restritivas expressas, presentes diretamente no texto da norma que prevê o direito fundamental, ou por cláusulas tácitas, que estão positivadas em outra norma constitucional expressa mas que, a partir de uma interpretação sistemática, revela-se como uma restrição.

Esse é o caso da presunção de inocência, que está positivada no art. 5º, LVII, da CRFB/88, porém nos incisos LXI e LXVI do mesmo artigo há previsão da prisão provisória em flagrante ou por decisão motivada proferida pelo juiz no decorrer do processo. Tal intervenção no *status libertati* do indivíduo deve ser regulada em lei infraconstitucional que respeite formal e materialmente o que foi estabelecido pela Constituição.

A Carta Cidadã de 1988 determina que qualquer atuação estatal que vier a restringir direitos fundamentais, principalmente em matéria penal, apenas pode ocorrer em virtude de lei escrita, estrita, prévia e com um objetivo legitimado constitucionalmente. A lei deve ser estrita, não podendo ser redigida com termos abertos e imprecisos que permitam o desvirtuamento da medida para uma finalidade diversa da justificação constitucional (ZANOIDE, 2010, p. 314-315). Com efeito, a existência de cláusulas gerais são um risco para a liberdade, pois servem como instrumentos de uma política supressora de direitos fundamentais. Um exemplo disso é a previsão de prisão preventiva por motivo de ordem pública, previsto no art. 312 do CPP, que será analisada em momento oportuno.

Importa dizer que para a restrição ser válida o legislador deve ter como objetivo assegurar um outro bem jurídico constitucionalmente garantido, não sendo suficiente a finalidade de assegurar um interesse geral da sociedade (SANGUINÉ, 2014, p. 56). Tal entendimento está em harmonia com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que estabeleceu que as medidas privativas de liberdade, para serem

constitucionalmente legítimas, devem ter como objetivo a proteção de direitos ou valores constitucionais (SANGUINÉ, 2014, p. 57-58).

Outro limite é traçado pela proporcionalidade, que possibilita o controle da constitucionalidade em duas áreas diferentes. A primeira é a legislativa, em abstrato, pois as leis promulgadas devem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário para que seja verificado se foram elaboradas de forma adequada e necessária, bem como se está de acordo com a justificação constitucional. A segunda é a área de aplicação e execução das normas pelo Poder Executivo e Judiciário, as intervenções devem ser empregadas seguindo os critérios de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito (ZANOIDE, 2010, p. 311).

O exame da proporcionalidade da intervenção estatal tem como pressuposto material a justificação teleológica ou constitucional, sem a qual o propósito perseguido será ilícito, e o pressuposto formal, a legalidade, pois o meio utilizado para a restrição deve estar previsto em lei, caso contrário será uma violação (ZANOIDE, 2010, p. 314). Sendo assim, apenas é possível analisar se o limite da proporcionalidade foi respeitado se a intervenção estatal tiver justificação constitucional e se estiver de acordo com o princípio da legalidade. Desse modo, é perceptível que os limites à intervenção estatal estão intrinsecamente ligados entre si, formando uma forte estrutura para assegurar a maior intensidade do âmbito de proteção.

Por fim, há o limite da reserva de jurisdição, o qual determina que qualquer restrição à direitos fundamentais deve submeter-se à análise do Poder Judiciário, que proferirá suas decisões de forma motivada. A motivação, por sua vez, possibilita que se verifique se as razões para a intervenção estatal estão de acordo com o fundamento constitucional, permitindo, assim, o controle de eventuais arbitrariedades. Além disso, segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as cláusulas restritivas da liberdade, logo, restritivas da presunção de inocência como regra de tratamento, devem ser interpretadas com base no princípio do *favor libertatis*. Com efeito, deve ser priorizada a interpretação que preserve a liberdade do cidadão (SANGUINÉ, 2014, p. 58).

A motivação das decisões é de especial importância para a presunção de inocência, principalmente em virtude da cultura inquisitorial que permeia o Judiciário, ainda mais

potencializada pelo CPP de 1941. A partir da motivação das decisões judiciais será possível verificar “se na construção da argumentação empreendida e revelada na motivação houve a interferência de qualquer fator criminológico ou de política criminal inconstitucionais, e se a interpretação dos dispositivos se deu conforme a ‘presunção de culpa’” (ZANOIDE, 2010, p. 323). Nesse cenário, quando a decisão judicial se baseia em satisfazer o clamor público, carece de justificação constitucional e acaba por transgredir a ordem jurídica e, conseqüentemente, não havendo qualquer legitimidade, tratando-se de violação.

Ante o exposto, restou demonstrado que, sob a ótica da teoria do suporte fático amplo, presunção de inocência é um princípio *prima facie* que tutela diversos bens jurídicos. Em contrapartida, a prisão provisória encontra-se no ordenamento como uma cláusula restritiva tácita prevista em outros incisos do artigo 5º da CRFB/88, ou seja, uma intervenção estatal justificada constitucionalmente. Nesse modelo, a intervenção estatal é limitada pela necessidade, a qual determina que as restrições à liberdade apenas podem ser adotadas de forma excepcional, pela legalidade, pela proporcionalidade, pela reserva de jurisdição e motivação das decisões. Se estes limites não forem respeitados a medida cautelar do processo penal será ilegítima, configurando uma violação à presunção de inocência.

Após a evidenciação desse paradigma da prisão provisória como intervenção estatal no âmbito de proteção da presunção de inocência, bem como a exposição dos seus limites, urge adentrar nos princípios que regem a prisão provisória.

3. Princípios norteadores e requisitos da prisão cautelar

A base principiológica da prisão provisória é fundamental no estudo desse instituto porque tais princípios são os responsáveis por possibilitar a existência harmônica da prisão antes da sentença condenatória definitiva com a presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 206). Apesar de a base principiológica ser a mesma para as medidas cautelares pessoais em geral, aqui o foco será destinado à prisão.

O primeiro princípio é a jurisdicionalidade, segundo a qual a prisão cautelar apenas pode ser determinada mediante ordem fundamentada proferida por magistrado. Esse princípio se encontra positivado no artigo 5º, inciso LXI, da CRFB/88: “ninguém será preso senão em

flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Importa dizer que parte da doutrina posiciona-se no sentido de que a prisão em flagrante seria uma exceção à esse princípio, contudo, aqui entende-se que o flagrante é medida pré-cautelares, que visa assegurar a prisão preventiva, verdadeira medida cautelar e, por isso não está sujeita à jurisdicionalidade (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 206). Mas, de qualquer forma, a prisão em flagrante se trata de ato complexo, sujeito a controle judicial posterior imediato (POLASTRI, 2013, p. 194).

Outro princípio é a provisionalidade, este determina que as medidas cautelares são situacionais pois visam tutelar uma situação fática. Assim, se as circunstâncias concretas que legitimaram a imposição da prisão provisória desaparecerem, esta medida de restrição da liberdade deve ser revogada e ordenada a soltura imediata do imputado (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 207). Na hipótese de descumprimento da provisionalidade, a prisão cautelar será ilegal, em virtude da falta de fundamento legítimo, bem como por apropriar-se do tempo de liberdade do cidadão.

Além disso, esse princípio veda que se estabeleça uma prisão obrigatória, isto é, ope legis, pois a aplicação da medida deve ser baseada nos fatos da realidade e não em questões abstratas, conseqüentemente, há a imposição de que o pronunciamento judicial seja devidamente fundamentado. A previsão de encarceramento obrigatório teria uma natureza de pena antecipada, pois não estaria assegurando o processo (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 208). Essa norma valorativa está presente no art. 316 do CPP.

Já a provisoriedade se relaciona com o período que perdura a medida restritiva, não podendo o indivíduo ter a sua liberdade cerceada por tempo além do necessário para atender a tutela da circunstância fática que a motivou, por isso está ligada também à provisionalidade. Apesar dessa exigência, não há no ordenamento jurídico pátrio um limite de tempo expresso, ficando à cargo da discricionariedade (ou arbitrariedade) do juízo.

Outro princípio é a proporcionalidade, este que marca presença em inúmeros institutos e por isso já foi definido como o princípio dos princípios, sendo também o principal pilar das prisões cautelares (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 211). A proporcionalidade dirige os pronunciamentos do magistrado no caso concreto, impondo que pondere se a medida a ser imposta estará de acordo com a finalidade pretendida ou se é mais gravosa. Deve verificar se o risco ao processo é tão grande a ponto de justificar a retirada do direito de liberdade da pessoa e a sua consequente estigmatização jurídica e social (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 211).

Por fim, há a excepcionalidade. Pode-se dizer que é a face da necessidade que tutela o cidadão, apresentando-se como fundamento de civilidade, uma escolha garantista que visa proteger a imunidade dos inocentes. É um axioma que destina as medidas cautelares somente aos casos mais graves, caracterizando-as como *ultima ratio* (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 209). Se as medidas cautelares são a última trincheira, que dirá da prisão provisória, a mais gravosa das medidas por limitar totalmente o direito ambulatorial da pessoa.

Foi nesse sentido que a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu o caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* (2007) articulando os princípios da proporcionalidade com os da excepcionalidade e da necessidade. No caso, o tribunal expôs que as medidas restritivas de liberdade apenas podem ser aplicadas quando indispensáveis para alcançar os fins almejados, devendo ser escolhida a medida cautelar menos restritiva. Desse modo, a prisão preventiva tem caráter subsidiário, apenas quando não existir outra forma de tutelar o processo (BARLETTA, 2014, p. 132).

A prisão provisória apenas pode ser decretada em hipóteses extremamente restritas e apenas em casos de extrema necessidade tendo em vista as suas consequências gravosas e muitas vezes irreversíveis, porque o preso é submetido a tratamento semelhante ao de um condenado ao regime fechado. Assim, se forem consideradas a sua estrutura e os seus efeitos, equivale substancialmente à prisão como pena, pois o seu conteúdo é materialmente idêntico ao da pena, de tal modo que a própria legislação admite a detração - conversão do tempo de pena provisória como cumprimento da pena - e a indenização pela prisão provisória injusta (SANGUINÉ, 2014, p. 232).

Essas consequências estarrecedoras do cárcere são demonstradas por meio de pesquisas. No artigo intitulado “O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil”, escrito por pesquisadoras vinculadas à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, foi possível atestar que o cárcere contribui para transtornos mentais graves em percentual consideravelmente acima da média, tendo em vista que “São encontradas estimativas entre 10 e 15% para a doença mental grave entre os presos em comparação com o constatado na população geral, que é de 2%” (ASSIS, PINTO e CONSTANTINO, 2016, p. 2089).

Além disso, segundo o mesmo estudo, dados colhidos do Estado de São Paulo em 2006 apontam que 61,7% dos presos apresentaram pelo menos uma ocorrência de transtorno mental ao longo da vida, sendo que, no mesma pesquisa paulista, houve a constatação de que cerca de 25% dos presos que estavam em regime fechado já preenchiam características de transtorno mental. Essas estatísticas revelam o quão maléfico é o encarceramento para a saúde do indivíduo. Isso só reforça a importância da excepcionalidade da prisão provisória e o dever de se priorizar a aplicação de medidas cautelares previstas no rol do artigo 319 do CPP e apenas quando não há qualquer outra opção, recolher ao cárcere um cidadão em estado de inocência.

Apesar disso, esse é mais um princípio frequentemente transgredido na prática judicial, fato constatado facilmente por meio das estatísticas. De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, depois da Lei 12.403/11, que trouxe o rol de medidas cautelares alternativas à prisão, a porcentagem de presos provisórios aumentou de 33,78% para 40,13% em 2014, sendo que esse percentual deveria ter diminuído, tendo em vista a inserção de um amplo rol de medidas cautelares com primazia sobre a prisão provisória. Isso deixa absurdamente explícito a não aplicação sistemática do princípio da excepcionalidade e, conseqüentemente, a deturpação da prisão provisória.

Esse fato também é aferível com dados concretos mais específicos. Pesquisa feita no Rio de Janeiro revela que a prisão provisória ainda é a medida cautelar mais aplicada, perfazendo absurdos 73%, enquanto a monitoração eletrônica marca cerca de 0,1%. Esse desrespeito à excepcionalidade fere também a proporcionalidade e resulta em injustiças irreparáveis (CONSULTOR JURÍDICO, 2014).

Um estudo realizado no Rio de Janeiro, coordenado por Julita Lemgruber, do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Candido Mendes, acompanhou processos iniciados em 2011 nos quais houve prisão em flagrante e foram concluídos até janeiro de 2013. A partir da observação desses processos verificou-se que apenas 37,5% dos processados foram condenados ao regime fechado ou semiaberto, ou seja, cerca de 62,5% dos presos em flagrante mantidos no cárcere sofreram uma constrição da liberdade mais danosa durante o processo do que a própria pena aplicada (CONSULTOR JURÍDICO, 2014).

Portanto, restam demonstrados os princípios que regem a prisão cautelar, a razão de existirem e como alguns são transgredidos sistematicamente. Além disso, existem os requisitos previstos no artigo 313 do CPP. Após a Lei 12.403/2011, o art. 313, inciso I, do CPP passou a dispor que a prisão preventiva apenas é permitida nos casos de crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos ou nos casos em que o imputado seja reincidente por ter sido condenado com trânsito em julgado por outro crime doloso, inciso II do mesmo artigo.

Também há a previsão no inciso III do artigo 313 do CPP com a permissão de decretação da prisão preventiva “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência” (BRASIL, 2011). No caso de crime doloso com pena máxima superior a 4 anos entende-se que trata-se de requisito que se relaciona com a proporcionalidade, pois visa impedir que sejam decretadas prisões em delitos para os quais não haveria um regime inicial de cumprimento de pena semi-aberto ou fechado.

Quanto à hipótese de reincidência, entende-se que seria uma dupla punição pelo mesmo fato ou até mesmo uma transgressão da presunção de inocência, tendo em vista que se estaria utilizando de fatos externos à conduta apurada no processo para presumir uma maior probabilidade de periculosidade do imputado. Por conta disso, não deveria ser admitido como uma hipótese para aplicar a prisão preventiva em casos de crimes para os quais não há previsão de pena máxima superior a 4 anos. Caso contrário, além de ofensa aos princípios acima mencionados, existiria uma violência à proporcionalidade.

No que se refere à garantia de execução de medidas protetivas, deve-se analisar se outras medidas cautelares seriam suficientes, sendo a prisão cautelar a última possibilidade. Não obstante o entendimento de que na maioria dos casos seja possível a imposição de outras medidas cautelares, é forçoso reconhecer que essa hipótese de prisão preventiva não pode ser excluída, pois há certas circunstâncias de forte risco de que o desrespeito às medidas protetivas resultem em lesões gravíssimas às vítimas, como é o caso de alguns feminicídios.

De qualquer forma, é imprescindível a observação do tempo necessário para garantir a segurança da pessoa ofendida, findo o qual a medida deve ser revogada pois seria absurda a manutenção da limitação da liberdade do imputado para garantir um instrumento do instrumento, uma vez que as medidas protetivas são tutelas de urgência autônomas para garantir a integridade física, psicológica, moral, sexual.

A seguir, cumpre expor os requisitos cumulativos que precisam estar configurados no caso concreto a fim de legitimar a aplicação da prisão cautelar, conforme a previsão legal do art. 312 do Código de Processo Penal ao exigir “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” e “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Inicialmente, cabe lembrar, mais uma vez, a impossibilidade de transportar conceitos do processo civil para o processo penal, principalmente no que tange a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade. Isso se deve pela diferença dos bens jurídicos em questão no processo penal e as especificidades desse ramo do Direito (GOMES FILHO, 2003, p. 125).

No processo penal, não há *fumus boni iuris*, como “fumaça do bom direito” justamente porque não é correto que se fale em probabilidade do direito de acusação. O primeiro requisito que justifica a medida restritiva de liberdade é a probabilidade do cometimento de um crime pelo indivíduo, o chamado *fumus comissi delicti*. Para a sua configuração é preciso a existência de um suporte fático real, isto é, indicativos externos extraídos de investigação ou situação de flagrância que permitam a dedução, por meio de um raciocínio lógico honesto, de realização do tipo penal pelo sujeito (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 200-202).

Segundo o artigo 312 do CPP, para restar configurado o *fumus comissi delicti* é imprescindível a comprovação da existência de um crime. Com efeito, as circunstâncias fáticas não podem ter qualquer indício ou aparência situação de causa excludente de ilicitude

ou de culpabilidade (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 203), pois a configuração de qualquer uma delas ensejaria na exclusão de um dos três elementos constitutivos do crime.

Se houver algum indicativo dessas excludentes, não haverá a prova de existência de um crime, não sendo permitida a imposição da medida cautelar. Nesse cenário, as excludentes funcionam como pressupostos negativos para a aplicação da prisão cautelar, estabelecidos no artigo 314 do Código de Processo Penal. Sendo assim, é preciso que haja certeza da existência do delito e não mera probabilidade (MENDES, 2016, p. 73). Para caracterizar o segundo elemento do *fumus comissi delicti*, “indício suficiente de autoria”, basta a identificação de elementos que liguem o indivíduo à prática do fato criminoso e permitam concluir pela probabilidade de autoria.

O segundo requisito é o *periculum libertatis*, que em nada se confunde com o *periculum in mora* aplicado nas tutelas cautelares do processo civil. No processo penal o perigo à efetividade do processo não decorre do tempo, mas sim da liberdade do imputado. Em certos casos, quando livre, o imputado pode praticar atos que resultem frustração processual seja destruindo provas, atentando contra a saúde e a vida das testemunhas, ou fugindo de forma a impedir a execução de eventual pena imposta. Em todos estes casos haveria concreta ineficácia do processo. Independente da situação, é extremamente essencial a demonstração de fatos concretos que fundamentam os requisitos ora abordados. Caso haja dúvida sobre a existência dos requisitos, o julgador deve deixar de impor a intervenção estatal em virtude do *in dubio pro reo*, corolário da presunção de inocência, conforme exposto no primeiro capítulo.

As formas de manifestação do *periculum libertatis* estão previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal como risco para a ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Adiante, serão analisadas essas hipóteses previstas no ordenamento jurídico pátrio que ensejam a decretação da prisão preventiva e, a partir do paradigma até aqui estruturado, será verificado se estão em conformidade com a Constituição ou não.

4. Prisão Processual

De início, cumpre esclarecer os motivos de ter-se optado por não realizar uma análise da prisão em flagrante e da temporária. É preciso levar em consideração o fato de que a prisão preventiva é a espécie mais aplicada durante a persecução penal, uma vez que pode ser imposta tanto durante a investigação - quando decorre da conversão da prisão em flagrante ou requisitado pela autoridade policial ou pelo Ministério Público - quanto em qualquer momento do processo caso estejam presentes os seus requisitos. Enquanto isso, a prisão em flagrante é apenas medida pré-cautelar, instrumento que visa assegurar a prisão preventiva, segundo já dito anteriormente.

Ademais, a prisão temporária além de ser destinada apenas à investigação, tem hipóteses de cabimento muito mais específicas, dispostas no rol taxativo do artigo 1º da Lei 7.960/89, e um limite de duração muito mais breve - de no máximo 10 dias em crimes comuns do rol do art. 1º da Lei mencionada e máximo de 60 dias nos casos de crimes hediondos. Por outro lado, a prisão preventiva não tem prazo de duração regulado em lei. Além disso, o presente trabalho tem como finalidade examinar a constitucionalidade da novel redação do artigo 492 do Código de Processo Penal trazida pela Lei 13.964/2019, a qual determinou uma nova hipótese de prisão processual. Por isso há maior relevância o aprofundamento das hipóteses de prisão processual já existentes.

Como já foi exposto, a prisão processual, por ser espécie de prisão provisória, apenas é legitimada constitucionalmente quando tiver por aspecto teleológico assegurar a efetividade do processo. Por conta disso, começará com a análise da prisão preventiva baseada na conveniência da instrução criminal, hipótese que restringe a liberdade do imputado sob o fundamento da necessidade de proteção da prova a ser obtida no decorrer da investigação ou da instrução criminal.

4.1. Conveniência da instrução criminal

No decorrer da persecução penal, em alguns casos, é possível identificar elementos fáticos que apontem para a probabilidade de o imputado realizar condutas com o intuito de alterar, destruir ou obscurecer elementos probatórios. São exemplos disso informar outras pessoas suspeitas sobre a existência da investigação, fazer conluio com pessoas envolvidas para combinar versões sobre os fatos, etc (SANGUINÉ, 2014, p. 240).

Também se encontram nesse fundamento as situações nas quais há fortes indícios de que o imputado pretende ocultar, suprimir ou destruir provas por meio de intimidação, corrupção de testemunhas ou até mesmo a alta possibilidade de ameaçar concretamente os familiares dos envolvidos nos fatos ou ameaçar os sujeitos processuais. Nesse cenário, após a conclusão da investigação, a colheita dos depoimentos e dos elementos probatórios, a finalidade de preservação da prova já foi cumprida, portanto, a prisão deve ser revogada por não ter mais o suporte fático que a legitimou (SANGUINÉ, 2014, p. 241).

É imperioso destacar que essa medida não pode ser utilizada para assegurar o comparecimento do imputado aos atos processuais, uma vez que o cidadão que responde a um processo penal não tem o dever de comparecer em juízo, mas sim o direito de presença como desdobramento da ampla defesa positivada no artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88. Apenas pode ser imposto o comparecimento do acusado em juízo como medida cautelar diversa da prisão se forem preenchidos requisitos para tal medida. Dessa maneira, utilizar a prisão cautelar para garantir a presença do cidadão na audiência de instrução seria subverter um direito do imputado e utilizá-lo contra ele.

Tampouco pode-se utilizar o fundamento conveniência da instrução criminal com a finalidade de pressionar o indivíduo a contribuir com a investigação ou com a instrução do processo. Em outras palavras, não pode ser utilizada para obter uma confissão ou uma eventual delação. Tal prática é manifestamente ilegal, tendo em vista o direito de todo cidadão não só ao silêncio, como também de não praticar condutas autocrimadoras, de acordo com a interpretação do artigo 5º, LXIII, da CRFB/88 feita pelos Tribunais Superiores. Sendo assim, o Estado e seus agentes não podem agir com o intuito de coagir o imputado a negar o seu próprio direito.

Se isso fosse permitido, seria algo equivalente ao tribunal inquisitório do período medieval, no qual o acusado era encarcerado para que o seu corpo estivesse disponível para a inquirição, servindo como objeto de prova, sujeito à prática de flagelos e sofrimentos a fim de que a confissão fosse obtida. Essa comparação é possível tendo em vista o sofrimento ocasionado pelo cárcere e as consequências dele na vida da pessoa, como também pela possibilidade do indivíduo produzir provas contra si mesmo involuntariamente em

decorrência de processos naturais do corpo humano, como queda de cabelos ou impressões digitais deixadas na cela.

Nesse cenário, o Estado teria acesso facilitado a essas provas em razão de ter o imputado sob a sua custódia, uma verdadeira transgressão ao princípio da isonomia. Em virtude disso, é vedado o uso da prisão provisória como mecanismo de obtenção ou proteção ativa das fontes de prova, apenas sendo permitida a proteção passiva (SANGUINÉ, 2014, p. 247). Essa sobreposição da igualdade fica mais sobressalente ao observar que ao ser preso o cidadão também fica impedido de ter condutas ativas na busca de provas que evidenciem a sua inocência (MENDES, 2016, p. 76). Portanto, a “conveniência da instrução criminal” deve ser entendida de forma restritiva a fim de respeitar os direitos fundamentais do cidadão, como o direito à não produzir provas contra si mesmo, à dignidade da pessoa humana, à presunção de inocência e igualdade de partes.

Além disso, há aqueles que criticam essa hipótese de prisão preventiva afirmando que a segurança dos sujeitos processuais, de testemunhas e de seus familiares é um dever do Estado, tendo todo o aparato administrativo e a força policial para assegurar a proteção dessas pessoas. Desse modo, não pode utilizar de sua ineficácia como argumento para legitimar a privação da liberdade do imputado. Se for para impedir a deterioração de objetos, a polícia pode proceder à busca e apreensão e ao sequestro dos bens (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 221).

Outra possibilidade é utilizar-se da produção antecipada da prova, colheita dos testemunhos, já prevista no art. 366 do CPP, sem que seja necessária a prisão. Importa destacar, ainda, que pelo princípio da excepcionalidade e da proporcionalidade, deve ser avaliada a possibilidade do uso de medidas cautelares diferentes da prisão, como o monitoramento eletrônico, serem mais adequadas e suficientes para a proteção de provas, vítimas, sujeitos processuais e seus respectivos familiares (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 220).

Diante disso, para que seja decretada a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal é imprescindível a presença cumulativa de certos requisitos. Primeiro, não pode ser imposta se existir outra medida cautelar menos gravosa que possa tutelar satisfatoriamente a prova ou a produção antecipada da prova. Segundo, deve ser preservado núcleo essencial dos direitos à não produzir provas contra si mesmo, à dignidade da pessoa humana, à presunção

de inocência e à igualdade de partes. Terceiro, apenas pode ser decretada para tutela passiva das fontes de provas relevantes para a apuração da inocência ou culpabilidade do suposto agente, sendo assim, não pode ser usada para obter prova de eventual responsabilidade civil (SANGUINÉ, 2014, p. 249).

Quarto, o risco de ocultação ou destruição de elementos probatórios deve estar demonstrado em fatos concretos constantes nos autos que evidenciam não só a capacidade de manipulação das fontes de prova pelo investigado como também de condutas deste que permitam deduzir a probabilidade de concretização desse perigo. Quinto, após produzida as provas que ensejaram o decreto da preventiva a medida deve ser revogada por desaparecimento dos motivos que a legitimaram, caso contrário haverá manifesta ilegitimidade (SANGUINÉ, 2014, p. 249).

4.2. Aplicação da lei penal

Enquanto a prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução busca tutelar os meios que possibilitam a averiguação da inocência ou da culpabilidade do indivíduo – isto é, a prova – a atual hipótese de prisão visa proteger os fins do processo penal, que é a aplicação da pena ao indivíduo condenado. Em outras palavras, a prisão processual com fundamento de assegurar o cumprimento da lei penal tem como objetivo garantir a execução da pena.

Para a aplicação dessa modalidade de prisão, deve-se ponderar os riscos de que o processo se torne ineficaz no caso de condenação do acusado com o risco de que um inocente sofra as privações do cárcere, algo que já tem consequências desoladoras que podem afetar o restante da sua vida (SANGUINÉ, 2014, p. 253). Por isso, quanto maior o nível de restrição à liberdade, maior é a exigência de que haja fortes elementos probatórios que demonstrem o *periculum libertatis*.

Importa dizer que para a configuração do *periculum libertatis*, não basta que haja possibilidade de fuga, como a capacidade do indivíduo evadir-se para outro Estado. Se tal condição fosse suficiente, a prisão seria desvirtuada, passando a ser regra e o princípio da provisionalidade estaria sendo infringido, visto que haveria uma aplicação da medida cautelar

com base em suposições abstratas sem qualquer lastro nas circunstâncias em concreto, uma verdadeira presunção de fuga, algo manifestamente inconstitucional (SANGUINÉ, 2014, p. 266).

Por conta disso, também não é possível utilizar a gravidade do delito em abstrato para aduzir que há maior probabilidade do imputado fugir quando for acusado de cometer um crime de pena máxima mais grave. A pena em abstrato em nada tem relação com a proteção do processo. Desse modo, o uso desse fundamento seria uma pena imediata disfarçada de prisão cautelar. Nesse sentido encontra-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (SANGUINÉ, 2014, p. 266). Na esfera internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também proferiu posicionamento similar no caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú* (2005), no qual entendeu que tal fundamentação caracterizaria uma presunção de fuga do imputado. (BARLETTA, 2014, p. 129).

Para a correta configuração do *periculum libertatis* contra a aplicação da lei penal, deve existir nos autos elementos que indiquem a probabilidade de fuga, em virtude do princípio da provisionalidade. Por exemplo: a alienação de imóveis ou móveis, mudança de residência sem apontar outro local onde pode ser encontrado e tentar abandonar o distrito da culpa ainda durante a investigação (SANGUINÉ, 2014, p. 255). Quanto a isso, o STF já fixou a sua jurisprudência no sentido de que a fuga do imputado do distrito da culpa após o cometimento do ilícito se mantendo foragido até a captura é suporte fático suficiente para justificar a decretação ou manutenção da prisão provisória, pois tal circunstância evidencia uma provável intenção do imputado de impedir a imposição da eventual pena a ser aplicada (SANGUINÉ, 2014, p. 252).

Porém, deve-se ressaltar que a mera evasão do acusado do distrito de culpa não necessariamente significa que o indivíduo está buscando frustrar a efetividade do processo. Por vezes o acusado pode evadir-se do local do juízo para evitar uma prisão injusta ou para preservar a sua integridade física, por temer que a população ou terceiros atentem contra a sua vida (MENDES, 2016, p. 78). Nesse cenário, não se pode exigir do imputado que suporte o ônus de colocar em risco a sua integridade física para aguardar eventual prisão.

É imprescindível ter em mente que não cabe ao acusado demonstrar a ausência do risco de fuga. Tal exigência importaria em teratológica inversão do ônus da prova, que é destinada exclusivamente à acusação, conforme abordado no capítulo anterior. Também cabe abordar os elementos que, se presentes no caso concreto, podem apontar para uma inexistência de risco à aplicação da lei penal.

Um deles é a apresentação espontânea do imputado às autoridades, que é um forte indicativo da inexistência de pretensão de fuga. Tal posição é reforçada ao se observar que a Lei 12.403/2011 retirou do artigo 317 do CPP a previsão de que “a apresentação do espontânea do acusado à autoridade não impedirá a decretação da prisão preventiva” (BRASIL, 2011, Art. 317) e passou a versar sobre a prisão domiciliar. Diante disso, pode-se concluir que a apresentação espontânea enfraquece o requisito do *periculum libertatis*, apontando uma ausência de vontade de frustrar o processo (SANGUINÉ, 2014, p. 279).

Nesse aspecto, é importante levar em consideração os vínculos familiares, profissionais e socioeconômicos, porque a presença desses elementos podem desestimular o ímpeto da fuga. Muitas vezes a fuga resultaria no rompimento imediato com a forma de vida do cidadão, sendo mais favorável a ele se submeter ao processo, manter seu emprego e a proximidade com os familiares ao invés de se tornar um foragido. Mas a observação desses elementos deve ocorrer com sabedoria para não redundar em injustiças, pois a ausência de vida estável não pode ser utilizada em prejuízo do réu sob pena de quebra da isonomia por preconceito. A ausência de emprego formal, o fato de não ter residência fixa ou sua condição de pessoa em estado de rua não podem por si só basearem a decretação da prisão preventiva (SANGUINÉ, 2014, p. 273).

Não pode o Estado utilizar-se de uma omissão de sua própria responsabilidade para encarcerar seus cidadãos, algo que equivaleria a punir o indivíduo por sua situação econômica vulnerável (SANGUINÉ, 2014, p. 273), uma absurda criminalização da pobreza. Em contrapartida, é forçoso admitir que a soma de diversos desses fatores como inexistência de vínculos familiares, de trabalho, ausência de residência fixa quando somados a outras condutas em concreto podem configurar uma probabilidade de risco de fuga.

Em sentido semelhante também está a jurisprudência da Corte Interamericana. No caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006) o tribunal declarou que a prisão preventiva não pode ser decretada com base na espécie ou gravidade do crime imputado, tampouco pode ser lastreada nas características pessoais do acusado. Tais fundamentos são considerados insuficientes para que tal medida restritiva seja adotada. A declaração de que a gravidade do delito e as características pessoais do imputado não servem como critérios exclusivos para ensejar a prisão preventiva mostra a repugnância da Corte com relação ao “direito processual penal de autor” (BARLETTA, 2014, p. 129).

Outro fator que deve ser levado em consideração é a capacidade de mobilidade do indivíduo. Muitas vezes o estado de saúde, a idade avançada, entre outros aspectos pessoais são características que diminuem a possibilidade do êxito de uma fuga que efetivamente possa trazer riscos ao processo e à administração da justiça. Por outro lado, uma grande capacidade econômica, a relação com indivíduos de outros países, bem como estar ilegalmente no território nacional tendo toda a sua família no exterior podem ser aspectos que aumentem a probabilidade de fuga (SANGUINÉ, 2014, p. 274-275).

Ademais, cabe lembrar a imprescindibilidade de se avaliar o cabimento de outras medidas cautelares menos invasivas que sejam suficientes para impedir a fuga do imputado. São exemplos: a apreensão do passaporte, o uso de monitoramento eletrônico, entre outras do rol do artigo 319 do CPP. Contudo, é possível constatar que essa excepcionalidade não tem sido atentada. Segundo dados do Sistema Penitenciário Nacional há um déficit de 59.887 vagas prisionais para presos provisórios no Brasil, enquanto isso, existem 16.747 equipamentos de monitoramento eletrônico disponíveis, um indício de que a prisão não tem sido medida tão excepcional quanto deveria.

Luigi Ferrajoli adota um posicionamento de que tal espécie de prisão nem deveria existir, tendo em vista a tecnologia existente no presente século, com uma sociedade informatizada e a existência de comunicação internacional, impossibilitaria uma fuga definitiva. Ademais, o autor italiano aponta que ainda que o indivíduo consiga furtar-se da execução penal, ele estaria constringido à clandestinidade, vivendo em constante insegurança pelo medo de ser descoberto à qualquer momento, algo que por si só já equivaleria a uma pena. Para ele, tal situação cumpriria a finalidade de prevenção especial, visto que o indivíduo

estaria neutralizado, pois não poderia cometer condutas ilícitas sob a consequência de ter o seu paradeiro revelado e ser submetido à pena (SANGUINÉ, 2014, p. 257).

Infelizmente não se pode concordar com esse posicionamento, principalmente no Brasil, haja vista a sua extensão territorial de dimensão continental e a desigualdade regional em termos de tecnologia. Até mesmo grandes metrópoles não têm sistemas tecnológicos o suficiente para identificar com precisão o local onde se encontram pessoas foragidas. Desse modo, é evidente que ainda não há uma sociedade informatizada a ponto de tornar totalmente desnecessária a prisão preventiva para impedir a fuga do imputado.

Até aqui foi analisada a prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal e na aplicação da lei penal. Após essa análise foi possível constatar que ambas são medidas essencialmente cautelares, uma vez que tutelam tanto o meio pelo qual é possível averiguar a inocência ou culpa do indivíduo - a prova - quanto a efetividade da decisão processual, isto é, a aplicação da pena ao culpado. Sendo assim, estão de acordo com a justificação constitucional, diferentemente das hipóteses de prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica, que não apresentam finalidades processuais, mas sim de pena.

4.3. Garantia da ordem pública e da ordem econômica

Como já foi abordado, o princípio da legalidade, o qual serve de limite para as intervenções estatais, não só determina que toda medida restritiva de direitos fundamentais deve estar expressa em lei, como também estabelece que a norma presente na lei deve ser estrita, ou seja, bem delimitada, para que a sua aplicação não seja desvirtuada, resultando em uma ilegalidade. Porém, a garantia da ordem pública e a garantia da ordem econômica são expressões sem significado definido e geralmente são decretadas baseadas em fundamentos extraprocessuais.

A expressão ordem pública foi inserida no Código de Processo Penal de 1941, essencialmente inquisitorial e instrumento de um Estado autoritário, com o objetivo de ampliar as hipóteses de prisão preventiva a fim de permitir o encarceramento de indivíduos

antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (PRADO, 2020, p. 8). Isto é, foi criada como fonte de um poder de polícia geral.

A partir da Constituição de 1988 a expressão ordem pública não pode servir mais para tutelar um princípio de autoridade. Agora deve ser entendido como sinônimo de ordem jurídica que assegura o exercício de direitos fundamentais pelos cidadãos (SANGUINÉ, 2014, p. 295). Porém, até o presente momento, permanece a falta de um conteúdo normativo para ordem pública, que continua sendo utilizada como instrumento para o encarceramento além das hipóteses cautelares, de forma incompatível com a Constituição.

A partir da simples observação da jurisprudência é notório que a expressão ordem pública não tem um significado determinado, já tendo sido utilizada como confiança na justiça, confiança na lei penal, clamor público ou social, como periculosidade do agente e até mesmo em favor da segurança do acusado (MENDES, 2016, p. 81). Todos esses sentidos são de grande subjetividade e firmados em aspectos que não são aferíveis objetivamente, como a confiança social na lei penal.

Esse vazio de definição fica muito claro diante do uso contraditório da ordem pública tanto para encarcerar o imputado considerado perigoso quanto para garantir a segurança do acusado que se encontra em situação vulnerável. O imputado que tem a sua integridade física em perigo, ao invés de ter sua segurança garantida pelo Estado, o poder público retira a liberdade do indivíduo para “protegê-lo”. Um completo absurdo. Isso também revela a cultura nacional de ver na prisão a solução para diversas questões complexas do processo penal.

Quanto à periculosidade do agente ou do perigo de reiteração, são hipóteses que configuram juízo de culpabilidade antecipada, pois a palavra reiteração quer dizer “fazer de novo”, ou seja, não só pressupõe que o investigado já realizou a conduta delitiva objeto da investigação ou do processo como também presume que muito provavelmente o indivíduo irá cometer um crime se estiver em liberdade. Isso configura uma verdadeira dupla presunção de culpa, isto é, tanto no bojo da investigação/instrução quanto na liberdade do indivíduo (MENDES, 2016, p. 83).

Essa presunção fere o próprio sistema acusatório pois o fundamento de perigo de reiteração não permite prova em contrário, é impossível que o imputado prove que não irá cometer um crime, um fato futuro e incerto (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 214). Dessa forma, esse fundamento seria um instrumento de inversão do ônus da prova baseado na presunção de culpa. Em outras palavras, seria uma alegação feita pela parte acusatória que pode ser utilizada para incumbir à defesa a produção de uma prova diabólica, uma vez que é impossível provar concretamente um fato que não existe.

Ademais, em certas situações, a expressão ordem pública é utilizada como sinônimo de clamor público, sob a afirmativa de que haverá uma desestabilização da estrutura social se o indivíduo acusado de cometer um crime grave permanecer solto. Algo similar ocorre quando a expressão é preenchida com o significado de garantir a credibilidade das instituições. Nesse cenário, a prisão funcionaria como uma forma de impedir que as instituições sejam afetadas pela divulgação do crime (PRADO, 2020, p. 10). Em ambos os usos há uma evidente inconstitucionalidade, pois condiciona a liberdade da pessoa a um sentimento popular, que não é baseado em aspectos jurídicos e legais, que são as bases que regulam a liberdade do indivíduo de forma legítima.

Na verdade, quando as decisões são tomadas dependendo da percepção de um suposto clamor popular ou de interesses políticos é que há uma completa insegurança jurídica que bombardeia e promove rachaduras em qualquer credibilidade das instituições. Isso ocorre porque os interesses políticos mudam e o desejo popular também pode ser conduzido para um posicionamento opostos em pouco tempo. Nesse cenário, se o Judiciário mudar as suas posições seguindo a corrente do momento, se mostrará completamente inseguro, líquido e ineficiente na proteção, gerando uma sensação de desconfiança.

Além disso, utilizar-se da prisão de um indivíduo antes da definitividade do título de culpa para garantir a credibilidade das instituições é manifestamente contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, um fundamento da República Federativa do Brasil, porque faz uso do ser humano como meio para o Estado (PRADO, 2020, p. 13). Isso é um desvirtuamento total da própria razão de existir do Estado, o qual tem a sua razão de ser vinculada a garantir direitos dos indivíduos e, conseqüentemente, assegurar uma base mínima necessária para a convivência harmônica da coletividade.

A dignidade humana é o fundamento que possibilita a superação da perspectiva maniqueísta que reduz a presunção de inocência a um direito individual, o qual deve ceder espaço quando presente um interesse coletivo. A dignidade humana, em conjunto com os postulados do Estado social, impede que os direitos negativos - responsáveis por frear o poder repressor do Estado - sejam vistos como puramente individuais, uma vez que mantém a dignidade do indivíduo como um valor que vincula toda a comunidade (SANGUINÉ, 2014, p. 20). O Estado Constitucional de Direito tem como essência a limitação do poder de forma substancial e a concepção das instituições como instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais na vida dos cidadãos (SANGUINÉ, 2014, p. 22)

Diante disso, o resultado que melhor garante a credibilidade das instituições ocorrerá quando o Poder Judiciário permanecer decidindo com fulcro em critérios técnicos da Constituição, neutralizando as tentativas de pressão e manipulação mesmo em situação de *stress institucional* provocado pelos meios de comunicação (SANGUINÉ, 2014, p. 17). Sendo assim, o Poder Judiciário terá uma credibilidade cada vez maior na mesma medida em que evidencie a capacidade de tutelar direitos fundamentais, porque esta é a função primordial do magistrado no Estado Democrático de Direito (SANGUINÉ, 2014, p. 27).

Tudo isso apenas reforça que a expressão “ordem pública” é utilizada como um quadro a ser preenchido de acordo com a discricionariedade do julgado. Nesse contexto, o magistrado pode dar diversos significados a depender do caso concreto, apenas para legitimar uma prisão provisória sem aspectos cautelares em uma atuação manifestamente contra a estrita legalidade e totalmente incompatível com a justificação constitucional que legitima as prisões provisórias. Sendo assim, resta evidente que todos os conteúdos dados à ordem pública são violações à presunção de inocência.

Já a garantia da ordem econômica foi introduzida pela Lei 8.884/1994, chamada de “Lei Antitruste”, criada com o objetivo de reprimir os delitos que prejudiquem o exercício de atividades econômicas, como busca por hegemonia no mercado por meio do abuso do poder econômico, gerando a eliminação da concorrência. Tal espécie de prisão preventiva apenas pode ser decretada nos casos de crimes contra a economia popular, contra a ordem tributária,

contra a ordem econômica e contra as relações de consumo ou cometidos contra o sistema financeiro nacional (SANGUINÉ, 2014, p. 337).

O conceito de ordem econômica, que também pode ser entendida como espécie de ordem pública, já nasceu viciado por não levar em consideração os princípios constitucionais, como da proporcionalidade e da fragmentariedade do Direito Penal, pois tal expressão busca proteger a credibilidade do sistema financeiro. É evidente que o meio mais adequado para tanto não é o encarceramento, mas sim o uso de medidas patrimoniais como o sequestro de bens, o impedimento de atuar no mercado econômico, o afastamento da gestão da empresa ou impossibilidade de adquirir empréstimos ou de contratar com o Poder Público, bem como a aplicação de sanções na pessoa jurídica (TOURINHO FILHO, 2009, p. 16).

Todas essas medidas são menos agressivas ao direito de liberdade do imputado e mais eficazes para combater o uso abusivo do poder econômico ou de sua influência no mercado. Desse modo, não há proporcionalidade entre o meio - a prisão - e a finalidade que busca tutelar. Ademais, muitas vezes é utilizada a “magnitude da lesão causada” para justificar o encarceramento. Porém, nos crimes que envolvem o mercado financeiro, em geral as lesões causadas são de grande monta, dessa forma, com frequência a magnitude da lesão é um elemento contido no próprio tipo. Na realidade, tal medida oculta o objetivo de satisfazer a ânsia punitiva da população, que seria especialmente saciada ao ver um indivíduo que detém vultoso patrimônio sendo preso (TOURINHO FILHO, 2009, p. 16).

Diante disso, nota-se que a ordem pública e a ordem econômica não têm como finalidade tutelar o processo, pois se baseiam em aspectos extraprocessuais. Nessa conjuntura, cumpre expor as finalidades da pena e, assim, será possível constatar a identidade das funções dessas espécies de prisão preventiva com as funções da pena.

O artigo 59 do Código Penal estabelece que a pena deve ser fixada em medida suficiente para a prevenção e reprovação do crime. Tal dispositivo revela a opção do legislador pela teoria mista ou unificadora, a qual define que a pena tem a finalidade de retribuir o injusto praticado e prevenir o cometimento de novos delitos. A retribuição é o aspecto da pena que busca responder ao mal, resultado do delito, aplicando um outro mal ao

autor do crime como compensação do crime. A depender do caso concreto pode ser uma multa, uma pena restritiva de direito ou privativa de liberdade (MINAGÉ, 2017, p. 153).

Já o objetivo de prevenção se subdivide em geral e especial. A prevenção geral utiliza a ameaça da imposição da pena e de sua eventual execução para intimidar os cidadãos a não cometerem ilícitos penais, para consolidar a proibição de certas condutas na consciência deles e reforçar a confiança social na validade do ordenamento jurídico. Já a função de prevenção especial é destinada ao delinquente. Na prevenção especial negativa o infrator, ao ter a sua liberdade restringida, acaba por ser neutralizado e impedido de cometer novos crimes contra outros membros da coletividade. Já a prevenção positiva busca uma suposta ressocialização do preso (MINAGÉ, 2017, p. 153-154).

Nesse cenário, é importante ressaltar, ainda, os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007) o tribunal firmou o entendimento de que a finalidade prevenção geral ou especial, por serem finalidades da pena, não são legítimas para justificar a prisão processual. Nessa oportunidade, a Corte recusou expressamente o perigo de reiteração delitiva como fundamento idôneo a ensejar a restrição de liberdade. No informe nº 35/07 do órgão da OEA consta que a prisão preventiva não pode ser lastreada em critérios de natureza material, como a periculosidade do acusado, o risco de prática de novos crimes ou o clamor social (BARLETTA, 2014, p 130).

Também deve-se pontuar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem jurisprudência consolidada no sentido de que o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 8.2 da CADH, delimita que a prisão provisória é medida excepcional, apenas podendo ser aplicada a título cautelar com finalidade de natureza processual. Esse posicionamento foi firmado no caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997) (BARLETTA, 2014, p 118).

Ante o exposto, resta demonstrado que a ordem pública e a ordem econômica não se encontram baseadas na justificação constitucional da prisão provisória, uma vez que não têm como finalidade tutelar o processo, pois se baseiam em aspectos extraprocessuais. Dessa maneira, tratam-se de espécies de prisão provisória que, sob o rótulo de prisão cautelar,

cumprem função de retribuição antecipada e de prevenção (geral e especial negativa) para atender os anseios punitivos de uma sociedade hiper acelerada, que busca cada vez mais o encurtamento entre o fato e a punição.

4.4. Críticas à prisão processual

O primeiro ponto criticado é a ausência de fixação de prazo máximo da prisão processual. Primeiro, porque prejudica a aferição da proporcionalidade e o controle do Estado, permitindo o encarceramento por prazo indeterminado, uma ausência do império das leis, característico do Estado Democrático de Direito. Além disso, torna a prisão cautelar ainda mais grave que a prisão pena, pois a restrição de liberdade do apenado foi resultado de uma cognição exauriente e tem a sua duração definida, enquanto o indivíduo em estado de inocência teve a sua liberdade restringida por uma cognição sumária e não sabe quanto tempo isso durará (NICOLITT, 2014, p. 118). Também cabe ressaltar que isso pode influenciar os magistrados a fixarem uma pena mais alta para não reconhecerem o excesso da medida.

Se toda pessoa tem o direito à duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LVIII, da CRFB/88), quanto mais aquele que está preso cautelarmente tem o direito a um processo mais célere e à limitação temporal da intervenção estatal. Apesar disso, muitas vezes o Estado utiliza a demora do processo como justificativa para o encarceramento, ou seja, o Poder Público se utiliza da própria ineficiência como fundamento para reduzir direitos fundamentais do cidadão, uma espécie de *venire contra factum proprium*. Desse modo, o direito à celeridade processual, uma garantia do réu, muitas vezes é desvirtuada para ser utilizada como justificativa para o encarceramento, em prejuízo do próprio sujeito de direitos.

Já houve algum esforço da jurisprudência para determinar um limite de tempo. Foi fixado o prazo de 81 dias levando em consideração os prazos para a prática dos atos processuais presentes no CPP. Contudo, esse entendimento era inoperante pois não levava em consideração o tempo em que os autos permaneciam em cartório e permitia que o prazo fosse ultrapassado sem que houvesse qualquer consequência. O entendimento presente na súmula 52 do STJ era de que não haveria constrangimento ilegal a ensejar o relaxamento da prisão mesmo se após 81 dias não tivesse sido prolatada sentença (NICOLITT, 2014, p. 122-123).

Até o presente momento, mesmo com diversas alterações legislativas, tal aspecto da prisão cautelar continua sem limites. Por isso, alguns doutrinadores propõem que seja levado em consideração o prazo máximo de 240 dias. Utilizam como referência o prazo estabelecido na Lei 12.850/13, a qual versa sobre organizações criminosas, crimes de grande complexidade. Desse modo, não haveria motivo para crimes de menor complexidade terem um prazo maior apenas por não existir prazo especificamente previsto em lei (NICOLITT, 2014, p. 126). Outra proposta é que a prisão provisória seja fixada na metade da pena mínima estabelecida para o crime imputado (GIACOMOLLI, 2017, p. 474).

A questão da duração da prisão preventiva é de especial relevância para a Corte Interamericana de Direitos Humanos pois considera que o excesso de tempo de privação da liberdade converte em pena a prisão preventiva. Segundo os informes 12/96, 2/97 e 35/07, a prisão preventiva, quando perdura por um lapso temporal prolongado, faz pairar sobre o indivíduo uma suspeita indefinida que solapa gradativamente o conteúdo da presunção de inocência, deformando a prisão processual até que se torne em uma verdadeira pena antecipada (BARLETTA, 2014, p. 132).

A Corte, para determinar a razoabilidade da duração da medida cautelar, utiliza os mesmos critérios adotados para determinar o prazo razoável do processo penal, previstos no artigo 8.1 da CADH, quais sejam, a atividade processual do interessado - não podendo ser considerados os atos praticados no exercício de defesa - a complexidade do caso concreto e a atuação das autoridades judiciais. O tribunal entende que é dever dos Estados-parte a obrigação de estabelecer, em cada caso concreto, um limite temporal para a duração da prisão preventiva (BARLETTA, 2014, p. 134).

A Comissão Interamericana indicou aos Estados-parte que utilizem no caso concreto o período de dois terços da pena mínima prevista para o crime como critério temporal objetivo. Ultrapassado esse lapso temporal, o indivíduo deve ser colocado em liberdade, sob pena de que a cautelar se transforme em sanção penal antecipada e, conseqüentemente, reste configurada a ofensa ao princípio da presunção de inocência. Cabe dizer, ainda, que se o prazo razoável for ultrapassado, o Estado não poderá voltar a decretar a prisão cautelar (BARLETTA, 2014, p. 135-136)

Outra crítica a ser feita é o descumprimento do disposto no artigo 84 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) e no artigo 300 do CPP, os quais determinam que o preso provisório deverá ficar separado do condenado por sentença definitiva. Contudo, essa não é a realidade dos sistemas prisionais, por conta do enorme déficit de vagas no sistema prisional. Um exemplo disso ocorre no Maranhão, em relatório de setembro de 2015 foi constatado que em 88,24% das suas unidades prisionais não há separação entre os presos provisórios e os apenados (MENDES, 2016, p. 94).

Desse modo, nota-se um descompasso da situação brasileira com o próprio ordenamento jurídico e com o disposto no Informe 35/07 da CIDH, o qual expõe que a prisão preventiva não pode ser igualada à prisão como pena em qualidade ou quantidade (BARLETTA, 2014, p. 121). Contudo, a realidade nacional é de que cidadãos com a sua liberdade restringida cautelarmente são submetidos à prisões em condições qualitativas a de um apenado, algo ainda pior visto que, em regra, se encontram sujeito sujeito à celas superlotadas, arcando com as mazelas de uma política criminal desumana.

Diante do todo exposto, resta evidente a prisão cautelar como uma intervenção estatal no âmbito de proteção do princípio da presunção de inocência. Nesse paradigma a prisão provisória para ter justificção constitucional deve ter a finalidade de tutelar o processo, sendo medida excepcional, limitada pela necessidade, pela legalidade, pela reserva de jurisdição e pela proporcionalidade, sendo regida pelos princípios da jurisdicionalidade, provisionalidade e provisoriedade.

Também foram analisadas as espécies de prisão preventiva, tendo sido constatado que a prisão fundamentada na ordem pública e na ordem econômica são manifestamente incompatíveis com a Constituição por cumprirem função de pena antecipada. É a partir dessa conjuntura que será possível avançar para a verificação de alguns aspectos gerais da Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote anti-crime. Essa lei trouxe dispositivos contrários à presunção de inocência, algo que pode ser explicado pela permanência de uma cultura inquisitorial no Brasil. Por fim, se passará à análise da nova modalidade de prisão processual trazida pela nova redação do art. 492, alínea e do CPP.

CAPÍTULO III - ANÁLISE DO ARTIGO 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

1. O arranjo institucional brasileiro e a formação de uma cultura jurídica inquisitorial

“A regulação legislativa depende sempre de uma instável política criminal que oscila de acordo com o modelo de Estado adotado, moldado por sua vez pelas condições econômicas e sociopolíticas imperantes em cada momento histórico.” (SANGUINÉ, 2014, p. 18). Por isso, antes da análise da nova redação do artigo 492 do Código de Processo Penal, é imprescindível pontuar que a formação histórica dos institutos criminais brasileiros e a sua interação com as legislações processuais penais foram responsáveis por consolidar a cultura jurídica vigente no Brasil contemporâneo.

A formação institucional brasileira evidencia que a “questão da luta política” sempre foi um instrumento do Estado brasileiro para fomentar o agravamento da legislação penal e processual penal. Foi assim em 1840, em meio aos conflitos entre liberais e conservadores. Já em 1930, no Estado Novo e na ditadura militar de 1964 a 1985 as transgressões aos direitos humanos ocorreram sob o discurso de combate aos comunistas (MELCHIOR, 2017, p. 45). Diante disso, nota-se que o recrudescimento do aparato persecutório é impulsionado pelo discurso de combate a um inimigo comum, algo que foi formando uma cultura jurídica regida pelas “elites” nacionais visando um maior controle da população para a manutenção dos interesses dos detentores do poder (MELCHIOR, 2017, p. 49).

Em 1988 houve o retorno da democracia no Brasil. Contudo, não ocorreu um rompimento total com a ditadura, os indivíduos que conduziram as violações aos direitos humanos não foram punidos, tampouco foi consolidada uma memória de reprovação às atrocidades cometidas pelo Estado nesse período. Isso se deve pelo alto grau de consenso que havia entre as elites judiciária, civil e militar sobre a ditadura e o desejo delas de se manterem no poder (MELCHIOR, 2017, p. 49).

Tal consenso serviu para solidificar ainda mais em diversos âmbitos da sociedade a ideologia de que a repressão e a retirada de direitos são legítimos para garantir uma suposta ordem. Essa ausência de rompimento com o passado autoritário se manifesta também no fato de que o Código de Processo Penal de 1941, que serviu a duas ditaduras (1937-1945 e

1964-1985), se encontrar vigente mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 de natureza garantista (SANTIAGO NETO, 2017, p. 140). A permanência desse diploma por mais de 80 anos também contribuiu para estabelecer uma cultura inquisitorial entre os próprios operadores do direito do cenário nacional, algo que dificulta o estabelecimento de posições mais garantistas na aplicação do processo penal (SANTIAGO NETO, 2017, p. 140).

Segundo parte da doutrina, esse paradigma não pode ser rompido com meras reformas, pois a estrutura inquisitorial do Código é mantida e as reformas parciais são digeridas, corrompidas pela lógica sistêmica e pela cultura que permeia os ideais da maioria dos aplicadores do Direito (MELCHIOR, 2017, p. 50). Em contrapartida, nota-se que as relações políticas, os interesses sociais e especialmente a cultura jurídica, que são fatores que determinam as demandas e as expectativas da população (MELCHIOR, 2017, p. 42), foram arrançadas historicamente de modo que atualmente há uma conjuntura institucional quase infértil para um novo modelo.

Em um debate científico, deve-se ter consciência de que as posições assumidas em torno dos institutos processuais penais manifestam concepções políticas e ideológicas a respeito dos fundamentos dessa área do Direito (MELCHIOR, 2020, p. 1061). Desse modo, a análise do contexto é essencial para entender quais as concepções políticas e ideológicas que resultaram na alteração do artigo 492 do CPP. O contexto brasileiro dos últimos 7 anos é da ascensão de uma onda reacionária, com uma parte da população que pedia o retorno da ditadura militar, e a forte presença de discursos punitivistas, fortalecidos pelas amplas coberturas midiáticas da Operação Lava-Jato.

Diante disso, é perceptível a existência de uma crise de legitimidade, visto que diversas instituições e regras fundamentais do sistema jurídico, para com as quais antes havia uma espécie de convicção sobre a sua “bondade”, agora são objeto de questionamento. Essa crise de legitimidade ocorre quando há uma transferência da objetivação da ordem institucional para uma nova geração e nesse processo há um rompimento da unidade histórica e biográfica (SANGUINÉ, 2014, p. 23).

Pode-se dizer que o impeachment da presidente Dilma Rousseff e as intensas reformas legislativas com retirada de diversos direitos, como a reforma trabalhista e a previdenciária,

foram marcos que apontam para a ocorrência desse rompimento acima descrito. Esse cenário de um ambiente institucional altamente instável, com arranjos políticos frágeis, propiciou que esse desejo social pelo aumento da repressão fosse captado por agentes políticos e usado para fins eleitorais como forma de manutenção do poder e controle social.

Posteriormente, após eleições extremamente polarizadas, foi eleito o presidente Jair Bolsonaro em 2018, com um discurso contrário aos direitos humanos e baseado no combate à corrupção e à criminalidade, fomentando uma cultura de emergência. Essa ampla disseminação de discursos punitivistas somada à cultura jurídica inquisitorial que domina o Brasil serviu como um terreno fértil para o crescimento de uma cultura de emergência.

A cultura de emergência consiste em utilizar de uma “necessidade urgente”, como por exemplo o combate às drogas ou ao crime organizado, como justificativa política para alterar regras sobre a função do processo penal de forma contrária aos preceitos do Estado de Direito. (SANGUINÉ, 2014, p. 213-214). Sendo assim, serve para legitimar as alterações trazidas por novas legislações que não estão de acordo com os princípios liberais de garantias constitucionais. Desse modo, as inovações são justificadas por uma suposta necessidade de repressão social e não a partir de critérios jurídicos estabelecidos na Constituição. Foi esse o caso do Projeto de Lei 882/2019, que resultou na Lei 13.964/2019.

Portanto, no Brasil contemporâneo, novamente o recrudescimento do aparato persecutório é impulsionado pelo discurso de combate a um inimigo comum. O aumento do Estado Penal tem ocorrido sob a justificativa de combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes praticados com grave violência à pessoa, como se depreende da exposição de motivos da Lei 13.964/2019. Esse cenário também indica que a Lei 13.964/2019 é essencialmente uma lei de emergência, que visa atender uma sensação de impunidade presente na população, conforme será exposto a seguir.

2. A Lei 13.964/2019 como legislação de emergência

“A concepção de emergência não é outra coisa que a ideia do primado do princípio da razão de estado (política) sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal” (SANGUINÉ, 2014, p. 214). Na perspectiva da emergência, a razão de

Estado passa a ser utilizada como princípio normativo para legitimar uma intervenção para fins punitivos sem que esteja subordinada a vínculos e garantias, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Essa razão de Estado é evidente na exposição de motivos do Projeto de Lei 882/2019, elaborado pelo então Ministro da justiça Sérgio Moro e que foi apensado ao Projeto de Lei 10.372/2018, posteriormente, dando origem à Lei 13.964/2019. Cabe pontuar que o Projeto de Lei 10.372/2018 foi elaborado por uma comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e tinha um número muito menor de propostas de alterações ao Código Penal - sete alterações, sendo quatro na parte especial - e apenas três no Código de Processo Penal - acordo de não persecução penal; a Cadeia de Custódia e a prisão preventiva nos crimes praticados no âmbito de organização criminosa.

Já no Projeto de Lei 882/2019 havia um maior número de alterações características do Estado de Polícia, tendo sido proposto pelo governo eleito com base em um discurso punitivista e foi o projeto que trouxe consigo a proposta de alteração do artigo 492 do CPP, algo que não havia no Projeto de Lei 10.372/2018. Por isso e pelos limites do presente trabalho, nesta monografia haverá o enfoque no Projeto de Lei 882/2019.

Há na exposição de motivos do Projeto de Lei 882/2019 a justificativa política de combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes praticados com grave violência à pessoa como razão de Estado para a redução de garantias constitucionais. Em seguida apresenta o discurso de que “O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública.” e “É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. É um fato notório que dispensa discussões.” (BRASIL, 2019) Logo depois utiliza como exemplos casos individuais de revoltas em presídios, o endereço eletrônico de um vídeo com o registro da atuação de uma organização criminosa de Pirassununga/SP e matérias de jornais. Tudo isso revela uma base totalmente subjetiva e um apelo à sensação popular de insegurança pública.

Esses fatores foram utilizados para justificar um endurecimento maior do que aquele já presente no Código de Processo Penal, o qual foi forjado para uma maior eficácia da persecução penal em um momento de Estado autoritário. Dessa maneira, tal projeto de lei

tinha como finalidade ser ainda mais “eficaz” do que um código ditatorial justamente sob a vigência de uma Constituição garantista. Tal fato é perceptível a partir do seguinte trecho: “É evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas.” (BRASIL, 2019).

O Projeto de Lei 882/2019 propôs mudanças em diversas legislações penais, contudo basta enumerar as propostas de alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal para evidenciar o caráter de legislação de emergência que objetivava emergir um Estado Polícia de dentro do Estado Democrático de Direito. Foram requeridas diversas modificações no CP. Uma delas foi o alargamento da legítima defesa de agente de segurança pública, prevendo como causa excludente de ilicitude a ação realizada para prevenir suposto risco de agressão em um cenário de risco iminente de conflito armado (art. 25 do CP).

Ademais, foi proposta alterações no regime prisional (art. 33) determinando o regime inicial fechado em caso de reincidência do agente ou de elementos probatórios que indiquem habitualidade de condutas delitivas. Foi apresentado, ainda, o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 59 possibilitando ao magistrado fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes de ser autorizada a progressão. Tal medida visava aumentar ainda mais a discricionariedade do julgador e burlar as regras já estabelecidas legalmente para a progressão de regime.

Também foi indicada a criação do artigo 91-A alargando os efeitos genéricos da condenação por infrações de pena máxima superior a 6 anos de reclusão, prevendo a decretação de perdimento dos bens correspondentes ao valor excedente ao compatível com o rendimento lícito do condenado. Importa pontuar, ainda, o aumento das hipóteses das causas impeditivas da prescrição (art. 116) e das causas interruptivas da prescrição (art. 117). Por fim, propôs alterações na pena de multa (art. 50 e 51) e no crime de resistência (art. 329).

Tais propostas são essencialmente de um Estado de Polícia, tendo em vista o aumento de possibilidades de atuação dos agentes policiais, podendo agir de forma letal protegidos por critérios absurdamente amplos e subjetivos como iminente risco de conflito e prevenir risco

de agressão. Além disso, houve a proposta de aumento do poder do magistrado para o encarceramento e a decretação de perdimento de bens baseado apenas em indícios, sem um forte lastro probatório. Também a indicação de aumento da duração da persecução penal com a previsão de mais hipóteses interruptivas e impeditivas da prescrição. Portanto, potencializando a vigilância, a punição, reduzindo a liberdade e o devido processo legal.

Segundo dados do relatório do grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019 - GETPENAL, o Projeto de Lei 882 propôs mudança em 14 assuntos do Código de Processo Penal, conforme enumerados a seguir:

1- Acordo de não persecução penal (art. 28-A); 2- Competência por prerrogativa de função (art. 84-A); 3- Restituição da coisa apreendida (arts. 122 e 124-A); 4- Medidas assecuratórias (art. 133 e 133-A); 5- Interrogatório do acusado (art. 185); 6- Prisão em 2ª instância (art. 283); 7- Prisão em flagrante (arts. 309-A e 310); 8- Plea Bargain (art. 395-A); 9- Preclusão da decisão de pronúncia (art. 421); 10- Determinação da execução provisória da pena após o presidente proferir sentença condenatória (art. 492); 11- Não efeito suspensivo do recurso de pronúncia (art. 584); 12- Embargos infringentes (art. 609); 13- Determinação da execução provisória da pena após o acórdão condenatório (art. 617-A); 14- Recurso extraordinário (arts. 637 e 638) (BRASIL, 2019, Relator Deputado CAPITÃO AUGUSTO)

Diante dessa enumeração de propostas de alterações, fica claro o maior enfoque nos temas de processo penal. Essa primazia das medidas processuais sobre as penais dada pelo propositor da alteração legislativa é uma característica de legislações de emergência. Isso ocorre por considerar as medidas processuais mais eficazes, utilizando-as para impor hipóteses de prisão provisória, restrições à liberdade e antecipar o encarceramento. Nesse cenário, o processo se torna cada vez mais um conglomerado de medidas cautelares coercitivas e menos um instrumento dirigido a um julgamento imparcial respeitando garantias do cidadão (SANGUINÉ, 2014, p. 216).

A cultura de emergência subverte a estrutura do processo penal transformando-o em instrumento de execução antecipada da pena. Nessa conjuntura, a prisão provisória figura como uma estratégia do Estado na gestão de risco, sendo utilizada como instrumento popular para satisfazer o anseio punitivo da sociedade. Desse modo, a presunção de inocência acaba por ter presença apenas simbólica, de tanto que é transgredida na prática forense (SANGUINÉ, 2014, p. 220).

É justamente isso que se percebe das medidas processuais propostas. As mudanças enunciadas para os artigos 133, 283 e 617-A, todos do CPP, traziam, na sua redação pelo Projeto de Lei 882/2019, a referência à execução provisória do acórdão transitado em julgado, enquanto a alteração recomendada para o artigo 492 do CPP trazia a execução imediata da sentença condenatória exarada no Tribunal do Júri. Já as modificações do art. 421, art. 584, art. 609, art. 637 e 638 do CPP versavam sobre a concessão ou não de efeito suspensivo dos recursos de pronúncia, embargos infringentes, recurso extraordinário e recurso especial.

Nota-se que a finalidade de tais alterações era permitir uma maior celeridade no encarceramento sem necessariamente haver uma celeridade do processo, um verdadeiro atropelamento das garantias da presunção de inocência e do processo legal. Esse caráter de absoluta celeridade no encarceramento às custas do devido processo é ainda mais evidente com a proposta do Plea Bargain (art. 395-A) que, em poucas palavras, permitiria a aplicação da pena privativa de liberdade sem o devido processo legal, por meio de uma suposta negociação do direito indisponível da liberdade individual do acusado com o Ministério Público ou com o querelante.

Essas medidas do Projeto de Lei 882/2019 fariam emergir um Estado de Polícia de dentro do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição. Tal afirmação é possível pois no Estado de Polícia a jurisdição é contaminada pela atividade de polícia, gerando uma espécie de justiça sumária na busca da imposição da retribuição e da prevenção, mas por outro lado permanece lenta e formalista no desenrolar do processo.

Pode-se dizer que isso se deve em virtude de o próprio Estado, responsável pelo impulso oficial, ao ter retirado o suposto agente do convívio social, conseguiu uma espécie de satisfação da persecução penal. Nessa circunstância, quando o Poder Público se encontra corrompido pela perspectiva de polícia, não tem mais tanto interesse em um processo célere. Desse modo, os processos podem prolongar-se por anos de forma arbitrária e às custas da liberdade do cidadão. Por conta dessa perspectiva que nas propostas presentes no projeto de lei analisado há uma celeridade do encarceramento mas o devido processo legal é reduzido.

Apesar de todo o contexto de emergência e da cultura inquisitorial, grande parte dessas medidas características de uma legislação de emergência não foram aprovadas pelo Poder Legislativo, não estando presentes na redação final da Lei 13.964/2019. A parte mais problemática da alteração do artigo 25 do Código Penal não foi adotada, tampouco foram realizadas as modificações dos artigos 33, 50, 59, 329, todos do CP ou do artigo 117 do CP que versava sobre as causas interruptivas da prescrição.

Por outro lado, foram aprovadas as propostas de alteração da redação do art. 51, a criação do artigo 91-A do CP, aumentando o efeito automático da condenação transitada em julgado. Também foram aprovadas as novas causas impeditivas da prescrição (art. 116 do CP). Na redação final da Lei 13.964/2019 também houve alteração no artigo 75 do CP, acolhendo a proposta do Projeto de Lei 10.372/2018, aumentando o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade para 40 anos. Importa dizer que também houve modificações na parte especial do Código Penal, porém não são de grande serventia para o objetivo do presente trabalho.

Já no que se refere às propostas de alteração ao Código de Processo Penal presentes no Projeto de Lei 882/2019, muitas não foram acolhidas, como: 1- a alteração da competência por prerrogativa de função (art. 84-A); 2- o interrogatório do acusado por videoconferência (art. 185), algo que provocaria ofensa ao direito de presença; 3- Plea Bargain (art. 395-A); 4- Preclusão da decisão de pronúncia (art. 421); 5- Embargos infringentes (art. 609); 6- Execução em segunda instância (art. 617); 7- A alteração na prisão preventiva que estabelecia hipóteses de concessão de liberdade provisória nos casos das novas previsões da legítima defesa destinadas aos agentes estatais (Art. 309-A. do CPP).

Do mesmo projeto foram acolhidas as modificações no tema de Medidas assecuratórias (art. 133 e 133-A), contudo foi retirado o trecho que previa a execução provisória da pena. O artigo 283 foi alterado, mas foi retirado o trecho que previa possibilidade de prisão por condenação “exarada por órgão colegiado”, ou seja, o excerto que permitia a prisão em segunda instância. A essência das alterações do art. 310 do CPP foi recepcionada e acrescentada a obrigatoriedade da audiência de custódia, uma medida garantista que constava no Projeto de Lei nº 10.372/2018. Também passou a prever no artigo 310, §2º, do CPP a

vedação de liberdade provisória ao imputado reincidente ou que integra organização criminosa ou milícia ou que porte arma de fogo de uso restrito.

Além de diversas medidas que aproximariam a República Federativa do Brasil de um Estado de Polícia terem sido retiradas, também foram aprovadas reformas que aproximaram o processo penal brasileiro do sistema acusatório, algo extremamente benéfico para a democracia e garantia dos direitos fundamentais. São exemplos: 1- previsão da cadeia de custódia (art. 158-A, art. 158-B, art. 158-C, art. 158-D, art. 158-E, art. 158-F, todos do CPP); 2- a regulamentação da audiência de custódia (arts. 287 e 310, CPP); 3- a retirada da possibilidade do magistrado decretar de ofício a prisão preventiva (art. 313, CPP); 4- o estabelecimento da obrigatoriedade de revisão periódica da permanência ou não do suporte fático que ensejou a decretação da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único, CPP).

Importa salientar que a regulamentação da audiência de custódia foi um avanço que adequou o Código de Processo Penal brasileiro à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos casos *Tibi vs. Ecuador* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú* (2005) e *Bayarri vs. Argentina* (2008), o tribunal exigiu que o indivíduo que foi encarcerado seja apresentado pessoalmente e imediatamente à autoridade judicial, tendo em vista o papel do magistrado como garantidor dos direitos fundamentais do preso (BARLETTA, 2014, p. 138).

Cabe ressaltar, ainda, que a obrigatoriedade de revisão periódica também adequou o CPP ao previsto no artigo 7.5 da CADH, pois esse dispositivo, ao exigir o controle judicial da prisão processual, impõe o reexame periódico da necessidade da medida cautelar. Essa exigência de controle judicial a ser realizado de ofício pelos magistrados, isto é, sem necessidade de provocação, foi exposta nos casos *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs Ecuador* (2007) e *Bayarri vs. Argentina* (2008) (BARLETTA, 2014, p. 129).

Voltando às inovações legislativas, também deve ser pontuada a enumeração realizada no art. 315 do CPP, esclarecendo aquilo que não se considera fundamentação para a decretação da prisão cautelar. Por fim, foi aprovado em separado, por 256 votos contra 147 e 1 abstenção, o destaque do artigo 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F. Esses artigos versam sobre o juiz das garantias, e no Art. 3º-A. deixou expressa a estrutura acusatória do processo penal

brasileiro, vedando a iniciativa do juiz na fase investigatória e a substituição do órgão acusatório na produção probatória. Contudo esses artigos foram suspensos cautelarmente por decisão do Ministro Luiz Fux na ADI 6.299 MC/DF.

Desse modo, nota-se que uma parte considerável das propostas atentatórias ao Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais não foi aprovada. Também deve-se reconhecer a ocorrência de algum avanço, ainda mais ao se ter em mente a cultura inquisitorial e o atual contexto nacional favorável a uma legislação de emergência. Por isso Marcos Paulo Dutra Santos traça o seguinte comentário sobre a Lei 13.964/2019:

A Lei nº 13.964/19 foi idealizada com o claro propósito de potencializar o encarceramento, entendida a prisão, seja como pena, seja como medida cautelar, um dos instrumentos mais valiosos na repressão à criminalidade. Sem embargo, no Parlamento esse desiderato inaugural foi, em parte, diluído, reconhecendo-se, com acerto, que a segregação jamais foi solução à delinquência, atuando, não raro, como elemento fomentador. Esse antagonismo entre os Poderes Executivo e (parte do) Legislativo gerou gravíssima incoerência interna na Lei nº 13.964/19, que, ao alterar os dispositivos pertinentes às medidas cautelares pessoais, notabiliza-se por incontáveis idas e vindas, envolta em um movimento pendular, revelador de profunda crise de identidade, digna de um divã. Resta-nos, então, racionalizá-la, tendo como inafastável diretriz a Constituição da República (SANTOS, 2020, p. 208).

Essa incoerência se revela no fato de que junto com essas modificações mais próximas do sistema acusatório, principalmente no que se refere à prisão preventiva, também foi aprovada no texto final a execução antecipada da pena decorrente da condenação no Tribunal do Júri. O Congresso Nacional aprovou a alteração do artigo 492, alínea e, §§ 3º a 6º do Código de Processo Penal com uma redação levemente diferente da proposta no Projeto de Lei 882/2019. Na redação final foi acrescentado no § 4º do art. 492 do CPP que a execução provisória apenas pode ocorrer na hipótese de condenação à pena igual ou superior de 15 anos de reclusão, enquanto no projeto original a execução provisória seria determinada independentemente do *quantum* de pena fixada pelo juiz-presidente.

De qualquer forma, é uma hipótese de execução antecipada e como tal, necessariamente ofende ao princípio da presunção de inocência. Por isso, cabe agora analisar os fundamentos que supostamente sustentam a existência da execução provisória em virtude da sentença condenatória do tribunal do júri, para, por fim, demonstrar a sua inconstitucionalidade.

3. O retrocesso trazido pelo art. 492 do Código de Processo Penal

O novel artigo 492, alínea e, do Código de Processo Penal traz a seguinte redação:

Art. 492, alínea e, do CPP - mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (BRASIL, 2019, Art. 492)

A partir da simples leitura do dispositivo é possível destacar que não se trata de uma nova modalidade de prisão cautelar, uma vez que para a sua decretação não há necessidade da presença dos requisitos da prisão preventiva e não visa tutelar o processo. O legislador tampouco escondeu a sua finalidade de execução antecipada por meio de um rótulo de cautelaridade, como é o caso da garantia de ordem pública e da ordem econômica. Na própria redação do artigo já está expresso “execução provisória das penas”.

Primeiro, é imprescindível ressaltar que essa inovação legislativa significa um retrocesso violento no reconhecimento da força normativa do direito fundamental à presunção de inocência, algo que decorreu de um processo de conscientização democrática do Brasil (MALAN, 2015). Por isso, é necessário observar esse longo processo que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, levou mais de duas décadas.

O Código de Processo Penal de 1941, no seu artigo 594, determinava que o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se condenado por crime sem

pena privativa de liberdade. Na redação original do artigo 312 do CPP, a prisão preventiva era obrigatória para os crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos, sendo suficiente a presença do *fumus commissi delicti* para a sua decretação.

Especificamente sobre os crimes dolosos contra a vida, o artigo 408, §§ 1º e 2 firmava a obrigatoriedade da prisão do réu após a decisão de pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri, podendo não ser aplicada apenas nos casos de crime afiançável. Lembrando que para a pronúncia basta que o juiz conclua pela existência de prova da materialidade e indícios de autoria delitiva. Essa prisão automática também servia para garantir a presença do acusado no Tribunal do Júri, pois o processo não poderia seguir sem o seu comparecimento perante os jurados, visto que a ausência dele causaria uma espécie de suspensão do processo, algo que era denominado de crise de instância (POLASTRI, 2014, p. 238).

Já no artigo 313 havia uma modalidade de prisão preventiva facultativa, na qual o juiz precisava demonstrar a necessidade para a conveniência da instrução criminal, para a aplicação da lei penal ou para a garantia da ordem pública (BARLETTA, 2014, p. 228). Ainda em sua redação inicial, o Código de Processo Penal estabelecia no artigo 393, inciso I, a obrigatoriedade da prisão do réu como um efeito da sentença condenatória recorrível. Ademais, estipulava espécies de prisão provisória obrigatórias, nas quais o magistrado não precisava demonstrar a necessidade de encarceramento. Já o artigo 669, inciso I, fixava a exequibilidade da sentença condenatória para o efeito de sujeitar o réu à prisão. Desse modo, nota-se que a prisão era um efeito automático da sentença condenatória.

Esse cenário começou a ser modificado com a Lei 5.349/1967, que aboliu a prisão preventiva automática ao modificar do artigo 311 a 316 do CPP, retirando do artigo 312 a obrigatoriedade do encarceramento no caso dos crimes com pena máxima igual ou superior a 10 anos de reclusão. Apesar disso, a prisão processual continuou sendo utilizada como meio de defesa social, figurando como regra no processo penal. A prisão processual em virtude da pronúncia e da sentença condenatória recorrível ainda permaneceram no ordenamento jurídico (BARLETTA, 2014, p. 229).

A Lei 5.941/1973 alterou o artigo 594 e o §2º do artigo 408 do CPP, os quais passaram a prever que o réu primário e de bons antecedentes poderia recorrer sem precisar recolher-se ao

cárcere, ou seja, uma exceção à prisão processual obrigatória tanto decorrente de sentença recorrível quanto da decisão de pronúncia. Porém, essas alterações não foram motivadas por ideais garantistas, mas sim para favorecer agentes públicos investigados e processados por crimes cometidos no período da ditadura militar. Desse modo, havia uma presunção de necessidade da prisão nos casos de réus reincidentes ou com antecedentes criminais, uma verdadeira discriminação (BARLETTA, 2014, p. 230).

A lógica da prisão preventiva como regra no diploma processual penal apenas foi alterada com a Lei 6.416/1977, que inseriu um parágrafo único ao artigo 310, autorizando a liberdade provisória sem fiança no caso de qualquer espécie de crime quando não presentes os requisitos da prisão preventiva, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo. Após a promulgação da Constituição de 1988, com a garantia da presunção de inocência, parte da doutrina passou a questionar mais incisivamente a prisão decorrente da pronúncia, da sentença condenatória e da necessidade de recolhimento ao cárcere para apelar, que apenas podiam ser excepcionados se o réu fosse primário e de bons antecedentes. Tais exigências eram uma manifesta presunção de *periculum libertatis*, incompatíveis com o postulado constitucional (BARLETTA, 2014, p. 239).

Porém, durante décadas os Tribunais Superiores entenderam pela compatibilidade dessas prisões com a Constituição, afirmando que se tratavam de espécies de prisão cautelar. Os tribunais afirmavam que o réu não primário e sem bons antecedentes, que não tivesse prestado fiança teria o perigo de fugir após a condenação e por isso deveria ser preso a fim de que a aplicação da lei penal fosse assegurada. Esse entendimento foi até mesmo consolidado pelo STJ no seu enunciado sumular número 9 (BARLETTA, 2014, p. 231). Conforme já dito, esse posicionamento era uma presunção absoluta do *periculum libertatis* do acusado, uma execução antecipada da pena. Por isso, na verdade, essas hipóteses de prisão não teriam sido recepcionadas pela Carta Cidadã.

A prisão automática decorrente da pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri apenas foi extirpada pela Lei 11.689/2008, que alterou a redação do artigo 413, §3º, do CPP. Esse artigo passou a exigir que fossem analisados os critérios da prisão preventiva para a restrição da liberdade do acusado. Importante pontuar que a retirada dessa obrigatoriedade veio inserida em uma reforma geral do procedimento do Júri. Dentre as modificações, foi

inserida a possibilidade de citação por edital quando o réu não for encontrado e passou a ser permitida a ausência do imputado na audiência de julgamento em Plenário (POLASTRI, 2014, p. 238).

A autorização do não comparecimento do réu potencializou a sua utilização como estratégia de defesa, uma vez que ao não estar presente o réu pode fazer uso do direito ao silêncio sem se sentir constrangido no julgamento perante o júri popular (POLASTRI 2014, p. 239). Isso foi um aumento da força normativa do princípio do *nemo tenetur se detegere* e da plenitude de defesa, tendo em vista que o direito de presença e o direito de audiência são desdobramentos da autodefesa, mas antes eram desvirtuados em razão de uma perspectiva de que o acusado era objeto da instrução. Portanto, nota-se que a retirada dessa prisão automática também esteve relacionada com a potencialização da plenitude de defesa no Tribunal do Júri.

Além disso, a necessidade de recolhimento do réu ao cárcere para recorrer também foi expurgada pela Lei 11.719/2008, a qual modificou vários dispositivos do Código de Processo Penal. O artigo 594 do CPP foi expressamente revogado e foi inserido um parágrafo único no artigo 397 do CPP determinando que no momento da sentença o magistrado deve decidir, de forma fundamentada, sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar sem que isso prejudique o conhecimento da apelação eventualmente interposta. Também foi revogada a prisão automática decorrente da pronúncia do réu (BARLETTA, 2014, p. 265).

Somente com essa alteração a prisão após a condenação em 1ª instância se tornou a exceção, apenas podendo ser decretada com fins cautelares, algo mais de acordo com a presunção de inocência após 20 anos de ter sido positivada na Constituição. Já em 2009, no bojo do Habeas Corpus 84.078, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento da inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, por entender que a prisão antes do trânsito em julgado do título condenatório sem fins cautelares configura ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Cabe ressaltar, ainda, que em 2011 a Lei 12.403/2011 retirou a possibilidade de execução provisória da pena. Tal fato se deve pois deu com a nova redação ao artigo 283 do Código de Processo Penal, o qual passou a determinar que a pessoa apenas pode ser presa por

flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de magistrado competente, por sentença transitada em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva. Essa lei também revogou expressamente a previsão de prisão automática nos crimes inafiançáveis e na ausência de depósito de fiança nos crimes afiançáveis como efeito da sentença condenatória, que estava previsto no artigo 393 do Código de Processo Penal.

Porém, em 2016, apenas sete anos depois, no HC 126.292/SP, a Corte Constitucional passou a posicionou-se pela constitucionalidade da execução provisória, mas dessa vez sob a justificativa de que, a partir do acórdão prolatado em 2ª instância, a culpabilidade estaria mais consolidada em virtude da impossibilidade de reexame fático em sede recursal. Da observação dos votos nota-se que esse entendimento foi baseado em argumentos voltados à segurança pública e em atender os anseios sociais, um malabarismo argumentativo para contornar a cláusula pétrea da presunção de inocência até o trânsito em julgado. Nesse cenário, merece destaque o voto do Ministro Luiz Fux:

A presunção de inocência, desde as suas raízes históricas, está calcada exatamente na regra mater de que uma pessoa é inocente até que seja considerada culpada. (...) Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada." Não há necessidade do trânsito em julgado. (BRASIL, 2016)

Após esse entendimento do Supremo, foram ajuizadas as Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, as quais tinham como pedido a declaração da constitucionalidade do artigo 283 do CPP que previa a impossibilidade de execução antecipada da pena. Antes da decisão definitiva dessas ações, o STF, por meio de sua 1ª Turma, proferiu decisões admitindo a execução imediata da pena determinada por condenação pelo Tribunal do Júri que serão analisada no momento oportuno. Já em 2019 o Plenário do Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP por sua compatibilidade com a garantia da presunção de inocência. Consequentemente, declarou inconstitucional a execução da pena decorrente de decisão em 2ª instância.

Diante do exposto, é evidente que o reconhecimento da força normativa da presunção de inocência foi fruto de um longo e duro processo de lutas pelas garantias fundamentais e por isso não se pode admitir qualquer regresso. Porém, o novel artigo 492 do Código de Processo

Penal apresenta semelhanças com a prisão automática no caso de delitos de pena máxima igual ou maior de 10 anos, com a prisão automática decorrente da pronúncia, bem como a ideia de exequibilidade da sentença condenatória, todos estes institutos que eram previstos na redação inicial do Código de Processo Penal. Portanto, trata-se de uma tentativa de regresso ao passado inquisitivo sob o disfarce de potencializar um suposto direito fundamental social, a soberania dos veredictos.

4. Análise da justificativa do novel artigo 492 do CPP

A alteração do artigo 492 foi justificada com base no direito fundamental da soberania dos veredictos, na gravidade do crime e nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal dos anos de 2017 e 2018, conforme se observa do seguinte trecho da Exposição de Motivos do Projeto de Lei 882/2019:

A justificativa baseia-se na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri e a usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados e que justificam um tratamento diferenciado. Na verdade, está se colocando na lei processual penal o decidido em julgamentos do Supremo Tribunal Federal que, por duas vezes, admitiu a execução imediata do veredicto, tendo em conta que a decisão do Tribunal do Júri é soberana, não podendo o Tribunal de Justiça substituí-la (STF, HC nº 118.770/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 7/3/2017 e HC nº 140.449/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 6/11/2018). (BRASIL, 2019)

Inicialmente, importa conceituar a soberania dos veredictos como a norma constitucional a qual garante que o mérito da decisão do Conselho de Sentença não possa ser modificada por outro órgão do Poder Judiciário. Contudo, essa tutela constitucional não estabelece que as decisões do júri são imutáveis e definitivas, conforme será melhor explicitado.

Diante disso, o primeiro ponto a ser analisado é o pilar da soberania dos veredictos e o seu uso como limitador do direito fundamental do princípio da presunção de inocência, permitindo a execução antecipada. A soberania dos veredictos pode ser conceituada como a norma constitucional que garante que o mérito da decisão do Conselho de Sentença não possa ser modificado por outro órgão do Poder Judiciário. Contudo, essa tutela constitucional não estabelece que as decisões do júri são imutáveis e definitivas, conforme será melhor explicitado posteriormente.

Os argumentos que fundamentam corrente que milita pela constitucionalidade do dispositivo podem ser resumidos nas seguintes assertivas: 1- o Tribunal do Júri é um instrumento de fortalecimento da democracia; 2- o Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos têm natureza dúplice, como direito do acusado a ser submetido a julgamento pelo júri e direito do cidadão de fazer parte da administração da justiça; 3- a soberania dos veredictos é uma competência-funcional do júri para fazer prevalecer a vontade da comunidade sobre um eventual posicionamento do Poder Judiciário; 4- o procedimento do Júri é bifásico, possibilitando o controle prévio do que será submetido à análise dos jurados por meio dos recursos contra a decisão de pronúncia; 5- o efeito devolutivo da apelação contra a sentença condenatória é restrito (MELCHIOR, 2020, p. 1061).

Dito isso, cabe pontuar que para um sistema político ser tido como democrático deve ser levado em consideração tanto a forma de tomada de decisões quanto o conteúdo das decisões. Nessa perspectiva, a democracia tem em vista a primazia dos direitos fundamentais como limites a quaisquer poderes, tanto da vontade dos indivíduos quanto da coletividade, de modo que haja a maximização das liberdades e a menor intervenção. Nesse paradigma, o processo penal é instrumento para o estabelecimento de limites, onde o poder está sujeito a constrangimentos democráticos a fim de materializar as garantias constitucionais no processo para tutelar a liberdade individual (MELCHIOR, 2020, p. 1065).

Ante essa perspectiva de democracia como sistema político garantidor de direitos fundamentais, não é coerente afirmar que a essência democrática do instituto do Tribunal do Júri, ao prever o direito do cidadão de fazer parte na administração da justiça, pode justificar a imediata aplicação da pena ao condenado pelo Conselho de Sentença. Isso seria incoerente pois ultrapassaria o limite estabelecido pelo direito fundamental da presunção de inocência, transgredindo a própria democracia. Ademais, ainda que a soberania dos veredictos fosse entendida como uma garantia dúplice, ao ser usada para a execução provisória, haveria uma sobreposição do aspecto de direito coletivo sobre o âmbito do direito individual, uma verdadeira corrupção do instituto.

Para interpretar corretamente a função da soberania dos veredictos é imprescindível ter em mente que o Tribunal do Júri e as garantias a ele inerentes estão positivadas na

Constituição Federal de 1988 entre os direitos e garantias individuais, mais especificamente em matéria penal e processual penal, e por isso são titularizados por cidadãos sujeitos à persecução penal. Desse modo, o titular do direito ao tribunal do júri não é a coletividade ou os cidadãos não acusados (MELCHIOR, 2020, p. 1066).

O uso dessa garantia constitucional para o aumento da persecução penal e execução provisória da pena é um fenômeno que Alexandre Bizzoto chamou de “inversão ideológica do discurso garantista”. Essa inversão subverte a finalidade dos direitos e garantias individuais constitucionais com o intuito de ampliar o sistema penal (MELCHIOR, 2020, p. 1067). No presente trabalho já foram evidenciadas diversas ocorrências dessa subversão.

O fato de parte da doutrina e da jurisprudência se utilizarem da redação do art. 5º, inciso LVII, da CRFB/88 “ninguém será considerado culpado” para afirmar que seria um princípio de não culpabilidade, sendo assim, poderia ceder espaço gradativamente à medida do avanço processual, como com o acórdão condenatório pois já haveria uma culpabilidade formada. A coisa julgada, que se encontra protegida pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88 como um direito individual que visa também garantir a segurança jurídica, mas muitas vezes o conceito de trânsito em julgado é relativizado com o objetivo de possibilitar a execução provisória da pena, em prejuízo do cidadão e da própria segurança jurídica.

Além disso, essa inversão ideológica também ocorre com o direito a um processo célere, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88, que é subvertido na prática penal quando a celeridade é utilizada como argumento para justificar a imposição de medidas restritivas de liberdade, encarcerando o cidadão antes do trânsito em julgado, de forma que os efeitos da pena são antecipados, mas o processo continua seguindo um ritmo moroso. Dessa maneira, o discurso do processo célere, um direito do cidadão, é utilizado para o aumento da repressão estatal.

Essa mesma inversão ideológica fundamentou o artigo 492, alínea e, do CPP. A função do instituto do júri no Estado democrático é consolidar o direito do cidadão de se defender e ser julgado por seus pares - pessoas comuns e leigas - quando acusado de cometer um crime doloso contra a vida. Na verdade, a impossibilidade do Poder Judiciário reverter uma decisão do tribunal do júri tem como razão de existir assegurar a integridade da decisão por íntima

convicção dos jurados, um pilar desse sistema projetado para a proteção do acusado (MELCHIOR, 2020, p. 1067).

A correta compreensão da soberania dos veredictos apenas é possível se levado em consideração outros dois elementos do Tribunal do Júri: a plenitude de defesa, garantia constitucional, e o fato de os jurados poderem absolver por qualquer motivo, em virtude da quesitação genérica. A plenitude de defesa permite que no Tribunal do Júri a defesa possa fazer uso de argumentos não jurídicos para convencer os jurados da procedência de suas teses, por isso é autorizado o uso de cartas psicografadas, o uso da Bíblia ou de aspectos culturais reprováveis, por exemplo, a honra do marido traído (SANTOS, 2020, p. 223).

Em seguida, os jurados decidem por íntima convicção, não podendo fundamentar ou justificar o motivo do seu veredicto, algo que possibilita a absolvição com base em argumentos não jurídicos e impede a intervenção judicial nos motivos da decisão. Nesse contexto, a soberania dos veredictos tem como objetivo impedir que o Poder Judiciário invada a decisão dos jurados reformando-a com base em seus próprios critérios, aplicando o livre convencimento motivado desconsiderando a íntima convicção (SANTOS, 2020, p. 224).

Portanto, sem a soberania dos veredictos a plenitude de defesa não poderia se concretizar com toda a sua amplitude. Sendo assim, a soberania dos veredictos não se trata de um direito da coletividade ou dos cidadãos de participarem da administração da justiça, mas sim um direito individual do cidadão sujeito à persecução penal que, junto da plenitude de defesa, serve de pilar para o sistema do Júri (SANTOS, 2020, p. 224).

Essa previsão de execução provisória não só fere a presunção de inocência e a correta interpretação da soberania dos veredictos, como também cerceia o direito à plenitude de defesa no tribunal do júri. O direito de plenitude de defesa é cerceado no âmbito do direito de presença do acusado, pois este, ante o risco real de prisão se condenado à pena igual ou superior a 15 anos, deixa de comparecer em juízo e exercer o seu direito por medo de sair do Tribunal do Júri direto para o cárcere. Desse modo, o réu sofre uma intimidação ao seu comparecimento (SANTOS, 2020, p. 222). Mais uma vez a prisão em meio ao procedimento do Tribunal do Júri limitando as estratégias defensivas, algo que também ocorria quando havia a previsão do encarceramento decorrente da decisão de pronúncia.

Ademais, há posição no sentido de que o Tribunal do Júri seria um instrumento democrático do povo em contraposição ao Estado. Contudo, tal entendimento se encontra equivocado, visto que esse instituto integra os aparelhos oficiais destinados à responsabilização penal dos indivíduos. Importa salientar, ainda, que toda a persecução dos crimes dolosos contra a vida se encontra dentro do aparato estatal, desde a investigação, até mesmo após a decisão do Conselho de Sentença há uma sentença prolatada pelo juiz presidente realizando a dosimetria da pena. Portanto, a participação popular no julgamento do réu se trata apenas de “substituição parcial da atividade judicante autorizada constitucionalmente” (MELCHIOR, 2020, p. 1068).

Na verdade, o único indivíduo em resistência ao Estado é o indivíduo sujeito ao julgamento. A origem do Tribunal do Júri realmente foi decorrente de lutas sociais em resistência ao monopólio incondicional do Estado nas atividades judiciárias, mas tal resistência teve como essência a defesa das liberdades fundamentais. Sendo assim, o uso do Tribunal do Júri e de seus elementos, como a soberania dos veredictos, para saciar o desejo popular de participação do espetáculo punitivo é uma completa deturpação desse instituto (MELCHIOR, 2020, p. 1068).

De acordo com o exposto, a essência da soberania dos veredictos não pode ser utilizada para o aumento do aparato persecutório do Estado, muito menos pode ser empregada como limitadora do princípio da presunção de inocência. Segundo foi apresentado nos capítulos anteriores, a presunção de inocência é o princípio informador do direito, estruturando todo o processo penal. Desse modo, é a partir dela que os demais conceitos que compõem o regime jurídico do processo penal brasileiro devem ser entendidos, inclusive a soberania dos veredictos, e não o contrário.

Ademais, o fato de a soberania dos veredictos restringir a via recursal da sentença do Tribunal do júri às hipóteses expressas no artigo 593, inciso III, do CPP e a impossibilidade de revisão dos fatos não gera a consolidação de uma “culpabilidade fática” que permitiria a execução provisória da pena. Para burlar o marco temporal da cláusula pétrea são apresentadas outras conceituações de culpabilidade a fim de precipitar o trânsito em julgado da condenação.

Contudo, o poder constituinte determinou que a proteção dada ao indivíduo por meio da presunção de inocência se estende até o trânsito em julgado, ou seja, o momento que não é mais possível a interposição de recursos e a decisão se torna imutável. Desse modo, a Constituição positivou o conceito de culpabilidade jurídica vinculada ao trânsito em julgado, sendo necessário que a responsabilidade criminal esteja determinada juridicamente de forma definitiva. Por conta disso, pouco importa a impossibilidade de análise fática, pois é necessária a definitividade jurídica (e não de fato) do título da culpa para a execução da pena (MELCHIOR, 2020, p. 1071).

Outro caminho utilizado para argumentar pela excecutoriedade imediata da pena é a manipulação do conceito de trânsito em julgado, principalmente com o uso da ideia de trânsito em julgado por capítulos. Essa corrente afirma que passa a ser coberto pela coisa julgada o capítulo da sentença para o qual não exista possibilidade de recurso dentro das hipóteses do artigo 593, III, do CPP, ou que não foi impugnado pelo recurso, tornando-se estável, sendo vedada a sua reforma. Em virtude dessa definitividade, seria possível a execução (MELCHIOR, 2020, p. 1072).

Com fulcro nisso, há o argumento de que se formaria uma coisa julgada substancial que autorizaria a execução imediata da pena caso o fundamento do recurso não impugnasse o mérito da condenação. Se nesse caso a apelação impugnasse a dosimetria da pena, ainda assim seria possível a execução provisória pois a pena mínima poderia ser cumprida (MELCHIOR, 2020, p. 1072).

Contudo esse entendimento não procede. No aspecto da sentença e do exame recursal, a soberania dos veredictos serve para vincular o juiz presidente e limitar o reexame pelo Tribunal às teses previstas no art. 583, §3º, do CPP. Desse modo, a soberania dos veredictos não impede de forma absoluta a reapreciação da decisão dos jurados, mas apenas veda a substituição da vontade do Júri pela vontade do Poder Judiciário. Porém, o Judiciário pode determinar a realização de novo júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, §3º do CPP). Por isso a soberania dos veredictos não pode ser utilizada como base para um suposto trânsito em julgado parcial.

Importa destacar que não existem diversos conceitos de trânsito em julgado, mas apenas um: a imutabilidade da sentença (ou da norma nela contida) da qual não cabe mais recurso algum. Não se trata somente de uma regra, mas de um conceito jurídico absolutamente técnico que não admite ponderações, tendo o Poder Constituinte optado por esse exato conceito para fixar a extensão da presunção de inocência, com a finalidade de evitar um regresso ao passado autoritário da ditadura militar (SANTOS, 2020, p. 210).

Após a superação do entendimento equivocado da soberania dos veredictos, cabe perscrutar os fundamentos presentes no HC nº 118.770/SP, julgado em 07/03/2017 e no HC nº 140.449/RJ, julgado em 06/11/2018, que também foram utilizados como justificativa do artigo 492 do Código de Processo Penal. O Habeas Corpus 118.770/SP julgado pela 1ª turma fixou a possibilidade do início de cumprimento da pena em virtude da soberania dos veredictos, sob o argumento de que esta garantia significa que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelos jurados. Um entendimento completamente raso sobre o instituto.

Afirma, ainda, que essa posição se encontra em harmonia com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no bojo do ARE 964.246-RG, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, no qual foi afirmada a constitucionalidade da prisão após acórdão condenatório. Esse precedente foi considerado aplicável pois no caso de recurso atacando a decisão do Júri, em semelhança ao que ocorre na interposição do recurso especial e recurso extraordinário, o juízo *ad quem* também não pode reapreciar os fatos e provas. Assim, em ambos os casos haveria estabilização fática da demanda. Segundo a Corte, essa interpretação não causaria prejuízos graves aos imputados pois no caso de fortes indícios de nulidade ou de condenação contrária à prova dos autos o Tribunal poderá suspender a execução de forma liminar.

A partir da observação dos votos que sustentaram tal entendimento, nota-se a ausência de fundamentação idônea para sustentar um retrocesso tão grave aos direitos dos cidadãos sujeitos à persecução penal. No voto do Ministro Barroso não haveria arbitrariedade na prisão após a sentença condenatória do Tribunal do Júri, ainda que pendente a apelação, porque a decisão do Júri, em virtude de sua soberania, deve prevalecer até que a condenação seja desfeita em sede recursal e determinada a realização de novo júri.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, votou pela improcedência do HC pois para ela o excesso de prazo do encarceramento apenas seria um fundamento válido se não existisse sentença, ou seja, válido exclusivamente em primeiro grau de jurisdição. Isso permite concluir que após a sentença a prisão processual pode seguir indefinidamente, algo manifestamente contrário à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Já o Ministro Luiz Fux proferiu o seguinte voto: "Não conheço, porque é substitutivo de recurso ordinário, observando a nossa jurisprudência." (BRASIL, 2017).

Por outro lado, o voto do Ministro Marco Aurélio, foi no sentido de que a custódia preventiva é medida excepcional que apenas pode ser decretada com base nos requisitos dos artigos 312 e 313 do CPP. Como no caso concreto a prisão foi determinada com fundamentos genéricos e se estendia por mais de nove anos, entendeu pela existência de execução antecipada da pena e por isso votou no sentido de conceder a ordem. Contudo, esse voto em consonância com a garantia dos direitos humanos foi vencido.

Já no Habeas Corpus 140.449/RJ, julgado em 06/11/2018, foi reafirmada a posição de possibilidade da execução provisória da pena após decisão do Conselho de Sentença com base na orientação firmada no HC 126.292 e no ARE 964.246-RG. Além disso, foi exposto que a condenação em segundo grau impõe a prisão preventiva a fim de assegurar a ordem pública. O Ministro Marco Aurélio votou no sentido de que não se podia potencializar a decisão do HC 126.292, porque o encarceramento fora das hipóteses cautelares configura uma antecipação do juízo de culpa e uma execução provisória da pena, algo vedado pelo postulado da presunção de inocência.

Em seu voto, o Ministro Barroso reforçou sua tese sobre a desnecessidade de aguardar o resultado do recurso que impugna a condenação do Tribunal do Júri, tendo em vista a soberania dos veredictos e acrescentou que estatísticas mostram um número ínfimo de condenações anuladas pelos tribunais de justiça, enquanto o mais comum, segundo ele, é as absolvições serem anuladas. Importante pontuar que não foi apresentado nenhum dado concreto ou referência da fonte dessas supostas estatísticas.

Também afirmou que a prisão após a sentença do tribunal não teria caráter propriamente de execução provisória, mas sim de uma imposição da prisão preventiva para garantir a ordem

pública e tutelar a credibilidade da Justiça. Segundo ele, poucas coisas seriam mais “constrangedoras para a Justiça do que uma condenação pelo Tribunal do Júri, como acontecia regularmente, e depois o homicida, já reconhecido, saía livre do tribunal juntamente com a família da vítima, numa desmoralização para o sistema de Justiça Penal.” (BRASIL, 2018).

Para a Ministra Rosa Weber, no caso concreto não ocorreu constrangimento ilegal pois já houve decisão do tribunal de justiça anulando a decisão do Júri e determinando a realização de novo julgamento popular. Por sua parte, o Ministro Luiz Fux votou reconhecendo a reversibilidade da decisão do Conselho de Sentença pelo Tribunal *ad quem* e, portanto, haveria execução provisória da pena. Contudo, essa execução provisória poderia ocorrer, tendo em vista que eventual absolvição poderia ser resolvida por meio da indenização por prisão injusta, algo previsto pela Constituição. Tal decisão aparenta certo escárnio e desprezo pela situação dos encarcerados provisórios no Brasil.

É evidente que estes entendimentos firmados no HC nº 118.770/SP e no HC nº 140.449/RJ eram pautados no discurso de ordem pública, credibilidade das instituições e na relativização do conceito de culpabilidade e do trânsito em julgado proferidos no ARE 964.246-RG, aspectos que feriam gravemente a presunção de inocência, segundo já foi largamente demonstrado nesta monografia. Porém, tais posicionamentos não permaneceram, tendo sido superados pela decisão da Corte Constitucional proferida nos ADCs 43, 44 e 54.

A decisão do STF sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP proferida nos ADCs 43, 44 e 54 reforça que o marco indispensável para a decretação da prisão-pena é o trânsito em julgado. Se já foi consolidado que não é permitida a execução da pena a partir da condenação em 2ª instância, muito menos pode ser executada uma pena com base em uma decisão de 1ª instância. Portanto, também não é possível justificar o novel artigo 492 do CPP com base nesses entendimentos proferidos pelo STF por serem inconstitucionais, rasos e já terem sido superados pela própria Corte.

Além do já exposto, o artigo 492 do CPP também é inconstitucional por ter essência de prisão automática. O legislador inseriu o §3º no artigo 492 do CPP prevendo a possibilidade do juiz presidente não decretar a prisão se identificar no recurso a existência de “questão

substancial” que torne plausível a revisão da condenação. A questão substancial é entendida como recurso que possa ensejar a absolvição, novo julgamento, anulação da sentença ou redução da pena para *quantum* inferior a 15 anos de reclusão. Essa previsão tem como objetivo disfarçar o automatismo dessa hipótese de execução provisória da pena, algo manifestamente inconstitucional (SANTOS, 2020, p. 218).

Essa redação tenta ocultar uma prisão automática porque em geral o magistrado não prolata uma sentença contando com a sua reforma ou anulação. O comum é que o juiz verifique os conceitos jurídicos corretamente para a motivação, enfrentando as teses em sentido contrário da decisão tomada e verifique a jurisprudência sobre o tema (SANTOS, 2020, p. 218). Esse processo de análise ocorre porque o magistrado deve ter o objetivo de prolatar uma decisão mais próxima da correta aplicação das normas abstratas ao caso concreto e também porque a ausência de reforma das decisões do juiz é um aspecto relevante nos critérios para a promoção na carreira. Nesse cenário, o juiz não vai prolatar uma sentença crendo que ela será reformada.

Desse modo, é possível dizer que a expedição do mandado de prisão será a regra quando o juiz presidente proferir uma condenação à pena igual ou superior a 15 anos de reclusão. Nesse horizonte, o §3º do artigo 492 do CPP não terá aplicabilidade material, permanecendo no plano abstrato e servindo apenas como retórica para afirmar que não se trata de prisão automática (SANTOS, 2020, p. 218).

Ademais, importa dizer que o §5º do art. 492 do CPP, condiciona a suspensão dos efeitos da execução provisória a um pedido liminar a ser feito diretamente no Tribunal ou na própria peça da apelação. Além disso, para a sua concessão devem estar presentes dois requisitos cumulativos: a ausência de caráter protelatório e que se enquadre em questão substancial (hipóteses já enunciadas acima). Porém, a análise de tais requisitos percorre o mérito do próprio recurso, portanto, haveria a antecipação da análise do mérito. Por conta dessa confusão dos requisitos para a liminar com o mérito recursal, os Tribunais provavelmente irão decidir pela improcedência das liminares sob o argumento de que a análise resultaria em embaralhamento do mérito recursal (SANTOS, 2020, p. 221).

Quanto a exigência de pena igual ou superior a 15 anos para a execução antecipada da pena, é fundamental lembrar que o Tribunal do Júri é competente para o julgamento dos crimes conexos aos dolosos contra a vida, pois a competência do júri popular prevalece sobre a de jurisdição comum, nos termos do art. 78, inciso I do CPP. Desse modo, no momento da dosimetria da pena o magistrado, ao realizar o cálculo da pena contabilizando as penas do crime doloso contra a vida e do crime conexo, poderá chegar ao patamar exigido pelo artigo 492, alínea e do CPP e determinar a imediata prisão (NASCIMENTO e SANTOS, 2021, p. 9).

Isso revela que tal inovação trazida pela Lei 13.964/2019, não configura apenas execução antecipada dos crimes dolosos cometidos contra a vida, mas também a possibilidade de se executar antecipadamente a pena dos crimes conexos, pois haverá diversos casos nos quais a contabilização dos crimes conexos terá sido primordial para a execução antecipada. Portanto, sob o discurso de punição imediata do crime doloso contra a vida, também se estará executando a pena de outros crimes de menor gravidade, como posse de arma de fogo (art. 12. da Lei 10.826/2003).

Essa modalidade de prisão trata-se de um retrocesso à semelhança da redação original do artigo 312, datada de 1941, que previa a prisão compulsória no caso de crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, sendo suficiente apenas a prova da existência do crime e de indícios de autoria para a sua decretação. Nota-se, ainda, que, independente do prisma que se observe, essa hipótese de prisão é manifestamente inconstitucional.

Porque mesmo que não seja entendida como uma modalidade de prisão automática, algo vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, ela seria uma modalidade de prisão decretada pelo juiz, algo incompatível com o sistema acusatório estabelecido no artigo 129, da Constituição e fortalecido por algumas alterações do CPP realizadas pela Lei 13.964/2019. Nesse cenário, a possibilidade de exercer esse poder inquisitório pode servir de estímulo ao magistrado para fazer uma dosimetria da pena mais gravosa a fim de decretar a prisão, ainda mais em meio a uma cultura inquisitorial e de clamor social por uma maior punitividade. Com esse artigo, os magistrados podem deixar a serenidade necessária para a garantia do direito fundamental da imparcialidade e passarem a atuar de forma apaixonada, como justiceiros.

Ante o todo exposto, foi demonstrado que o Direito Penal e Processual Penal foi instrumentalizado pela luta política de controle social das elites, produzindo uma cultura jurídica inquisitorial que não foi rompida pela Constituição da República de 1988. Essa conjuntura foi agravada pela instabilidade política que atravessa o Estado brasileiro nos últimos anos, fato que propiciou um ambiente favorável à criação do Projeto de Lei 882 de 2019, com fortes características de legislação de emergência.

Apesar disso, as alterações realizadas pela redação final presente na Lei 13.964/2019 foram menos prejudiciais do que as propostas originalmente, apresentando até mesmo algum avanço no estabelecimento do sistema acusatório. Contudo, essa legislação trouxe uma hipótese de execução antecipada da pena, o artigo 492, alínea e do CPP.

A partir da análise da sua redação e da exposição de motivos que ensejaram a sua criação, foi possível verificar que este dispositivo se baseia em uma inversão ideológica do discurso garantista, com uma deturpação do instituto da soberania dos veredictos e do conceito de trânsito em julgado. Tudo isso a fim de construir uma falsa justificação constitucional para essa violação ao princípio da presunção de inocência. Sendo assim, é possível concluir que o artigo 492, alínea e, do CPP é manifestamente inconstitucional. Os argumentos jurídicos que o erguem são insustentáveis, não tem solidez, e apenas servem para ocultar a sua finalidade de encarceramento e satisfação do anseio punitivo da coletividade brasileira.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou contribuir para a correta delimitação do princípio da presunção de inocência em meio a um cenário nacional marcado por um rápido retrocesso na conscientização democrática do Brasil. À priori, foi perscrutado os antecedentes históricos evidenciando a inafastável relação entre a presunção de inocência e o meio histórico no qual se encontra inserida. Sendo assim, foi possível identificar a presunção de inocência como um pilar essencial para a construção de uma sociedade na qual os indivíduos são considerados sujeitos de direitos, funcionando como um limitador ao poderio estatal e se relacionando com o sistema acusatório.

Por outro lado, diante da observação dos ciclos históricos, nota-se que esse princípio tende a ser relativizado e até mesmo excluído em momentos históricos nos quais os indivíduos são tidos como objetos do processo penal, sob a justificativa de tutela social e repressão efetiva aos delitos. Ainda no primeiro capítulo, foi montado um panorama geral a sua terminologia, a definição como princípio-garantia a ser assegurado a toda sociedade e a cada indivíduo. Por fim, foram esquadrihadas todas as suas dimensões como princípio informador do direito, regra probatória, regra de julgamento e regra de tratamento.

No segundo capítulo, a partir da teoria dos princípios e da teoria do suporte fático amplo demonstrou-se que a presunção de inocência é um princípio *prima facie* que tutela diversos bens jurídicos, principalmente a liberdade. Por outro lado, a prisão provisória encontra-se no ordenamento como uma intervenção estatal, justificada constitucionalmente pela garantia da efetividade da tutela jurisdicional, da administração da justiça, bem como pelo princípio da necessidade de assegurar a finalidade do Estado de proteger bens jurídicos.

Ainda no segundo capítulo, foram apresentados os limites à intervenção estatal, quais sejam, a legalidade, necessidade, proporcionalidade, reserva de jurisdição e a motivação das decisões. Caso estes limites não sejam respeitados a medida cautelar do processo penal será ilegítima, configurando uma violação à presunção de inocência. Após isso foram analisadas as hipóteses de prisão preventiva previstas no ordenamento jurídico pátrio e, a partir do panorama estruturado até então, verificou-se que a ordem pública e a ordem econômica não se encontram baseadas na justificação constitucional da prisão provisória, uma vez cumprem

função de retribuição antecipada e de prevenção para atender os anseios punitivos da sociedade.

No terceiro capítulo foi evidenciado a presença de uma cultura jurídica inquisitorial consolidada historicamente e que a promulgação da Constituição da República de 1988 não foi suficiente para romper totalmente com essa cultura, tendo sido necessárias mais de duas décadas para a extinção da execução antecipada da pena, se não for considerada a prisão preventiva fundamentada na ordem pública e na ordem econômica.

Também foi pontuado que a presunção de inocência voltou a ser reduzida com a instabilidade política e com o crescimento do discurso punitivista que atravessa o Estado brasileiro nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento em 2016, decidindo no HC 126.292/SP pela permissão da execução provisória da pena após o acórdão condenatório em 2ª instância. Nessa onda de retrocesso, foi proposto o Projeto de Lei 882 de 2019, com fortes características de legislação de emergência e com objetivo de atender o clamor punitivista da população.

Em 2019 houve nova mudança de entendimento no bojo das ADCs 43, 44 e 54, oportunidade na qual o STF decidiu que a presunção de inocência impede a execução da pena antes do trânsito em julgado da apelação. Tal posicionamento foi mantido na maior parte das alterações presentes na redação final da Lei 13.964/2019. Apesar disso, essa legislação trouxe uma hipótese de execução antecipada da pena, o artigo 492, alínea e do CPP.

Em seguida foi analisada a redação e da exposição de motivos que ensejaram a criação desse dispositivo, sendo possível identificar que essa norma tem por base uma deturpação de diversos institutos. Neste capítulo, foi demonstrado que a soberania dos veredictos serve como direito fundamental individual que garante a plenitude de defesa e o julgamento do réu por outros cidadãos não membros do judiciário. Ademais, foi exposta a unicidade do conceito de trânsito em julgado e que o artigo 492, alínea e, do CPP tem a natureza de prisão automática, que fere o princípio da presunção de inocência. Diante do todo exposto foi possível concluir pela manifesta inconstitucionalidade do dispositivo analisado.

Ante essas conclusões não se está a defender a impunidade dos autores de um crime doloso contra a vida, uma acusação vinda de vozes punitivistas que ecoam no imaginário da sociedade brasileira. O objetivo aqui foi estabelecer o âmbito de proteção da presunção de inocência como garantia de toda a sociedade e de cada cidadão a fim de que a pessoa humana não seja utilizada como instrumento político e tenha os seus direitos à dignidade e liberdade violados para atender os desejos de parcela da coletividade.

É preciso dizer que não há perspectivas de melhora no futuro por meio dos projetos de lei em tramitação, nota-se que os ventos autoritários permanecem impetuosos. O Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/10), que a mais de uma década tramita no Congresso Nacional, era visto por parte da doutrina como uma solução para romper com o atual código processual e instaurar uma estrutura acusatória com um modelo de persecução penal mais garantista (SANTIAGO NETO, 2017, p. 140).

Em sua redação originária não havia previsão de execução provisória da pena. O artigo 404, que versava sobre a sentença condenatória no Tribunal do Júri, apenas previa que no caso de condenação o juiz poderia mandar o acusado recolher-se à prisão somente se estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva. No mesmo sentido se encontrava o artigo 423, que dispunha sobre aspectos gerais da sentença. Contudo, após tantos anos de tramitação e com diversos projetos de leis apensados, o seu caráter garantista foi totalmente deformado.

Especialmente com relação a execução provisória da condenação do Tribunal do Júri, foi proposta uma emenda alterando o artigo 404 (Emenda 24 do Deputado Lincoln Portela) e foram apensados os projetos de lei nº 11.237/2018, nº 6.313/2019 e nº 133/2020. No último substitutivo ao PL 8.045/2010, apresentado em 26/04/2021 pela comissão especial, consta a regra de execução imediata da decisão condenatória do Conselho de Sentença. No artigo 477, alínea e, há a previsão de que o juiz presidente, ao proferir sentença condenatória, deverá determinar o início do cumprimento da pena.

Além disso, no artigo 501, o qual versa sobre disposições gerais da sentença condenatória, consta no seu inciso VII, a previsão de que o magistrado deverá determinar a expedição da Guia de Execução Provisória do condenado se este tiver passado a instrução

criminal preso provisoriamente e se tal situação tiver sido mantida na sentença. Como se não bastasse, atualmente há o Projeto de Lei 11237/2018 tramitando no Congresso, que prevê a alteração do artigo 492 alínea e do atual CPP para determinar o início de cumprimento de pena após condenação no júri independentemente do *quantum* de pena estabelecida e alterar o art. 597, retirando a possibilidade de efeito suspensivo da apelação para esses casos.

São tempos em que é necessário dizer o óbvio. A diminuição da criminalidade não será alcançada com o crescimento do Estado de Polícia de dentro do Estado de Direito, mas sim com a materialização de direitos sociais na vida daqueles que apenas conhecem o Estado policial. Porém, essas medidas não são do interesse das classes hegemônicas e por isso continua-se o ciclo de fomentar o discurso punitivista para que a maior parte da população não veja a verdadeira solução.

Quanto aos crimes contra a vida já cometidos, exigir que uma pessoa em estado de inocência, para a qual ainda não houve consolidação do título condenatório, sofra as mazelas do encarceramento é uma situação irreversível que causa danos irreparáveis. Não se pode aplicar a presunção de inocência para crimes “leves”, e presumir a culpabilidade em crimes graves, ofendendo também a isonomia.

A garantia da presunção de inocência é uma garantia de toda a sociedade que levou séculos para ser conquistada no cenário internacional e mesmo após a positivação na Constituição de 1988 demorou décadas para ser efetivada plenamente. Por isso todo e qualquer jurista não pode se calar frente a qualquer sinal de retrocesso.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **Presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer apresentado nos autos do HC nº 126.292/STF. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

BARLETTA, Junya Rodrigues. **A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0921361_2014_completo.pdf. Acesso em 26 jan. 2022.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. 3. ed. Leme: CL. Edijur, 2015.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Volume 4 - Nº 01 - jan./abr. 2018. ISSN 2525-510X 2018; Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/6/9>

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL, Congresso Nacional. **Inteiro teor do Projeto de Lei 8.045 de 22 de dezembro de 2010**. Código de Processo Penal. 22 de dezembro de 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node013d0sg5555nig10xxk0g7ji72n30371537.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010> Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Inteiro teor do Projeto de Lei 10.372 de 6 de junho de 2018** Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal, segurança pública. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod_teor=1666497 & filename=Tramitacao-PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod_teor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018)> Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Inteiro teor do Projeto de Lei 882 de 19 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019> Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, 8 de setembro de 1941. *In*: VADE mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2017. p. 360.

BRASIL. **Exposição de Motivos da Lei 13.964 de 31 de Janeiro de 2019.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm> Acesso em 3 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. **Relatório do grupo de trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 219 - GETPENAL.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1772332&filename=Tramitacao-PL+10372/2018 Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL, Senado Federal. **Substitutivo ao Projeto de Lei 8.045 de 2010, 26 de abril de 2021.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1998270&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010> Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018 e apensado 882/2019, 4 de dezembro de 2019.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1841955&filename=Tramitacao-PL+10372/2018 Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus 126.292/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/03/2017. Min Teori Zavascki. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311647767&ext=.pdf> Acesso em 25 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 118770/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 7/3/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311647767&ext=.pdf> Acesso em 25 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Habeas Corpus 140.449/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 6/11/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339347141&ext=.pdf>. Acesso em 25 jan. 2022.

CONSTANTINO, Patricia; DE ASSIS, Simone Gonçalves; PINTO Liana Wernersbach. **O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil.** Publicado em Ciência e Saúde Coletiva, de março de 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Ndb37V3vPt5wWBKPsVvfb7k/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 26 dez. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Castigo sem crime maioria dos presos provisórios no Rio foi presa ilegalmente.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-21/maioria-presos-provisorios-rio-acaba-absolvida-conclui-estudo>> Acesso em 20 dez. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (art. 1º ao 120).** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

DE LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de processo penal: volume único.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DUTRA, Ludmila Corrêa Dutra. A interpretação ideológica do conteúdo da presunção de inocência no direito brasileiro. In. PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau.** — Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. 136 p., 22 cm. ISBN 978-85-60520-91-6. Acesso em: 12 set. 2021

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. In: **ESCRITOS em homenagem a Alberto Silva Franco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 475 p. ISBN 85-203-2321-9. Acesso em: 13 set. 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. **Revista dos Tribunais.** vol. 729. p. 377-385. Jul / 1996. Acesso em: 18 jan. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica.** São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional).** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015

MALAN, Diogo Rudge. **Prisão preventiva depois da decisão de segundo grau é retrocesso civilizatório**. In: Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-01/diogo-malan-prisao-antes-transito-julgado-retrocesso>. Acesso em: 12 nov. 2015.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Crítica científica de "Redefinindo o trânsito em julgado a partir da soberania dos veredictos: a coisa julgada parcial no tribunal do júri". **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 1059 - 1078, 2020. Disponível em: <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=105186&iIndexSrv=1>. Acesso em: 4 dez. 2021.

MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN 978-956-8491-39-0. Disponível em: <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=94489&iIndexSrv=1>. Acesso em: 11 set. 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias. Dez/ 2020**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk1MWI5MzUtZDFIMS00NmY0LWJkNjctM2YxZThlODI1MTNlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 24 dez. 2021

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 567 p., 23 cm. ISBN 978-85-375-0776-6. Acesso em: 12 set. 2021.

NASCIMENTO, Rafael; SANTOS, Otacílio. **A inconstitucionalidade da execução provisória da pena no Tribunal do Júri**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/18364>. Acesso em 8 jan. 2022.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. Garantismo penal e presunção de inocência: uma análise do habeas corpus 126.292. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, n. 142, p. 133-170, abr.. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=143490. Acesso em: 10 set. 2021.

PELUSO, Cezar. Presunção de inocência, VI Encontro AASP: aula magna do Min. Antonio Cezar Peluso. **Revista Brasileira da Advocacia**, ano 1., v. 1, p. 231-245, abr-jun. 2016

PRADO, Luiz Regis. O fator “credibilidade” na prisão preventiva: a pessoa humana como meio. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 1011, p. 185 - 202, jan/2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 854 p., 23 cm. ISBN 978-85-309-5735-7. Acesso em: 2 nov. 2021.

SANGUINÉ, Odone. A presunção constitucional de inocência e sua dúplici dimensão: processual e extraprocessual. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS**. Porto Alegre. Vol. 1, n.º, 2013. ISSN 2358-1956. Acesso em: 23 jan. 2022.

SANTIAGO NETO, José de Assis. O devido processo legal e o (in)devido processo penal brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN 978-956-8491-39-0. Disponível em: <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=94489&iIndexSrv=1>. Acesso em: 11 set. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 316, p. 3-6, mar. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149912. Acesso em: 12 set. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Método, 2020.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. O que os juízes julgam (?). A necessária revisitação da metodologia decisória a partir da garantia constitucional do estado de inocência. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN 978-956-8491-39-0. Disponível em: <http://ibccrim.vpn.acelerati.com.br:5180/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=94489&iIndexSrv=1>. Acesso em: 11 set. 2021.

SILVA, Thiago Ferreira da. **Inversão do ônus da prova no processo penal: o dever constitucional como garantia e limitação do poder punitivo**. Revista do ICP - Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, n. 4, p. 325-340, nov.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=155364. Acesso em: 11 set. 2021

STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: Superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista Jurídica do Ministério Público** - Edição 53, 2004. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CAVALLAZZI, Vanessa Wendhausen. Da presunção de inocência ao devido processo legal: a constitucionalidade da execução provisória da pena. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 118, p. 18-43, out./nov.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153497. Acesso em: 14 set. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prisão preventiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 5-18, abr./mai.. 2009. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=71873. Acesso em: 29 dez. 2021.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. 138 p., 21 cm. ISBN 972-32-0946-2. Acesso em: 26 set. 2021.

WEDY, Gabriel Tedesco; LINHARES, Raul Marques. O juiz e a gestão da prova no processo penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 119, p. 201-240, mar./abr.. 2016. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129353. Acesso em: 12 set. 2021.