



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ**  
**INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

VANDESON DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Marabá - PA

2019

VANDESON DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

Marabá - PA

2019

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Setorial Josineide da Silva Tavares**

---

Silva, Vandeson da

Flexibilização jurisprudencial do princípio da presunção de inocência e suas consequências / Vandeson da Silva ; orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. — Marabá : [s. n.]; 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2019.

1. Processo penal – Brasil. 2. Presunção de inocência. 3. Execução provisória. 4. Habeas-corpus. 5. Juízes - Decisões. 6. Brasil. [Constituição (1988)]. I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.43

---

Elaborada por Miriam Alves de Oliveira – CRB-2/583

VANDESON DA SILVA

**FLEXIBILIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE  
INOCÊNCIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

Monografia de final de curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como parte das exigências para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Me. Marco Alexandre da Costa Rosário.

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

Banca Examinadora:

---

Prof. Me. Marco Alexandre da Costa Rosário

---

Prof. Me. Edieter Luiz Cecconello

Marabá - PA

2019

Dedico este trabalho à Marilucia da Silva (*in memoriam*), pessoa que, apesar de não ter conhecido, me deu a vida, a qual tenho imenso amor e respeito. Também, sou grato aos meus tios, Erielton e Cirlene, que foram meu alicerce em toda minha caminhada acadêmica, digo tanto em relação a carinho quanto financeiro.

Ademais, não menos importante, dedico a minha avó Anedina, que apesar de toda simplicidade sempre incentivou seus filhos e netos a buscarem conhecimento acadêmico, já que em sua visão era o único meio de superarem a vida difícil do pequeno lavrador neste país.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus efusivos agradecimentos ao Professor Marco Alexandre da Costa Rosário, meu sábio orientador, pessoa culta e possuidora de muita humildade e paciência. Estendo meus agradecimentos a todos os ilustres professores da UNIFESSPA, pelos ensinamentos e transmissão de conhecimentos ao longo do curso.

Agradeço, ainda, ao meu amigo Jonas Bezerras, pelo suporte na conclusão deste trabalho.

Por fim, agradeço aos meus familiares, que mesmo distantes me deram apoio irrestrito, e a minha nobre companheira de luta, Dayana de Sá Teixeira, por seus conselhos, risadas, paciência e ajuda.

## RESUMO

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/SP julgou por maioria dos ministros da corte favorável ao cumprimento provisório da pena, apesar de pendentes os recursos especial e extraordinário. Esse novo entendimento flexibilizou o direito fundamental da presunção de inocência consagrado pela Constituição Federal. A decisão gerou controvérsia no meio jurídico, inclusive entre os próprios ministros, tendo em vista a imediata privação de liberdade dos indivíduos após título judicial condenatório do Tribunal de segunda instância. Dessa forma, o objetivo desse trabalho é demonstrar que o princípio da presunção de inocência se trata de uma escolha político do poder constituinte originário, sendo vedado o esvaziamento do seu núcleo essencial por qualquer um dos poderes da república. Sobretudo, por aquele eleito para ser o guardião da Constituição. Além disso, serão anunciados diversos tratados internacionais que o Brasil ratificou em seu ordenamento jurídico que de forma expressa anunciou a proteção de tal garantia. Por fim, serão expostas as consequências que o subjetivismo da exegese dessa garantia ocasionará a sociedade brasileira.

Palavras-chave: presunção de inocência. Execução provisória da pena. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal.

## **ABSTRACT**

Brazil's Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus No. 126.292/SP ruled by majority of the Court's ministers in favor to the provisional enforcement of criminal penalty, despite the possibility of interposing special and extraordinary appeals. This new understanding has relaxed the fundamental right of presumption of innocence enshrined in Brazil's Federal Constitution. The decision generated controversy in the legal ambit, including among the ministers themselves, regarding the immediate deprivation of individual's liberty right after a condemnatory sentence from a second instance court of appeal. Thus, the aim of this paper is to demonstrate that the presumption of innocence principle is a political choice of the original constituent power, and the emptying of its essential core by any of the republic's powers is forbidden, especially by the one chosen to be the guardian of the Constitution. In addition, we announced several international treaties that Brazil has ratified in its legal system, and which expressly announce the obligation of protecting such guarantee. Finally, will be exposed the consequences such subjectivism of the exegesis of this guarantee will have on Brazilian society.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of criminal penalty sentence. Fundamental Rights. Brazil's Federal Court of Justice.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b> .....	<b>11</b>
2.1	Um breve estudo conceitual: o que é a presunção de inocência? Como deve ser entendido o princípio da presunção de inocência? .....	11
2.2	Origem e evolução do princípio da presunção de inocência.....	13
2.3	Constituições brasileiras e a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência .....	20
2.4	Objeto jurídico da proteção garantida pelo princípio da presunção de inocência.....	26
<b>3</b>	<b>STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - IMPLICAÇÕES E GARANTIAS ASSEGURADAS E FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SUA EFETIVAÇÃO</b> .....	<b>27</b>
3.1	Direito e garantias fundamentais .....	27
3.1.1	Dimensões dos direitos fundamentais .....	29
3.1.2	Colisão de garantias e direitos fundamentais .....	30
3.2	Considerações acerca do princípio da presunção de inocência.....	32
3.2.1	Prisões cautelares .....	35
3.3	Função do Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos e garantias fundamentais.....	37
<b>4</b>	<b>EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO HC nº 126.292</b> .....	<b>41</b>
4.1	Evolução jurisprudencial quanto à flexibilização do princípio da presunção de inocência .....	41
4.2	Argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto ao cumprimento provisório da pena no âmbito do HC nº 126.292 .....	43
4.2.1	Argumentos favoráveis ao cumprimento provisório da pena .....	43
4.2.2	Argumentos desfavoráveis.....	47
4.3	Consequências jurídicas da decisão .....	50
<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>55</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal representou um momento histórico na redemocratização da sociedade brasileira, uma vez que o país vivia a satisfação da ultrapassagem do regime totalitário imposto pelos governos militares. Nessa perspectiva, o legislador constituinte anunciou, na carta política de 1988, direitos e garantias conferidas aos cidadãos no intuito de inibir a atuação jurisdicional criminal arbitrária. Dentre tais garantias, positivou-se o princípio da presunção de inocência no art. 5º, inciso LVII, da CR/88.

À vista dessa garantia, o legislador conferiu aos cidadãos o direito de ter sua liberdade privada para efeito de cumprimento de pena apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, após o esgotamento de todos os recursos previstos. Com ressalvas, as prisões processuais, ou seja, prisão preventiva e prisão temporária, que de sobremaneira se distinguem da aplicação antecipada da pena.

No entanto, ao analisar o HC nº 12.292-SP, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que é perfeitamente cabível execução provisória da pena após condenação em segundo grau de jurisdição, afirmando que o trânsito em julgado compreende apenas até análise do tribunal revisor, já que nos recursos especiais e extraordinários não mais se discutem os fatos e provas, logo, não é razoável aguardar a deliberação desses recursos para aplicação da sanção penal.

Portanto, a Corte Constitucional, ao dar essa nova interpretação, esvaziou seus preceitos básicos, ignorando os alicerces e a lógica do Estado Democrático de Direito. Decerto, por esse novo ângulo considerar-se-á o acusado culpado após manutenção da condenação do Tribunal de 2ª instância, tanto é que já se aplicará à pena. Assim, nota-se que o órgão elegido para ser o guardião da constituição atuou de forma inversa.

Dessa maneira, o presente trabalho tem como objeto de estudo da flexibilização do princípio da presunção de inocência nos casos de cumprimento provisório da pena após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, tecendo análise crítica dessa nova jurisprudência.

Com certeza, trata-se de um assunto de grande repercussão, sendo matéria de bastante divergência no mundo jurídico. Outrossim, o mencionado princípio se

encontra positivado na Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso LVII, o qual prevê que o réu será considerado inocente até o trânsito e julgado, isto é, antes de findos todos recursos cabíveis.

A problemática da flexibilização do princípio da presunção de inocência concerne na supressão de um direito fundamental previsto da Constituição da República e nos tratados internacionais através do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Por consequência, a decisão acentua um ativismo jurídico patológico, em contrariedade à Constituição, ocasionando um desequilíbrio dos Poderes, pois o Judiciário acaba usurpando a competência do Poder Legislativo em produzir normas legais.

O novo entendimento da Suprema Corte, mostra-se verdadeira analogia em prejuízo do réu, fato expressamente vedado no direito penal, desse modo, demonstrará no decorrer do trabalho a construção histórica do princípio da presunção de inocência e sua conceituação no sistema jurídico brasileiro, que direitos fundamentais salvaguardados na Constituição são garantias imprescindíveis para o devido processo legal e expor as consequências jurídicas que essa nova interpretação ocasiona ao sistema jurídico brasileiro.

Ademais, os operadores de direito militantes na área penal e constitucional, esposaram entendimento contrário ao posicionamento firmado pelo STF, pois argumentam que ocorreu restrição de direitos e garantias fundamentais concedido pelo legislador constituinte. Logo, ocasionando desarmonia entre a decisão prolatada com ordenamento jurídico vigente e tratados internacionais que o Estado Brasileiro voluntariamente se obrigou a seguir.

## 2 CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 2.1 Um breve estudo conceitual: o que é a presunção de inocência? Como deve ser entendido o princípio da presunção de inocência?

A priori, cumpre observar os conceitos gramaticais das expressões “presunção” e “inocência” individualmente. Nesse passo, presunção significa “ato ou efeito de presumir”, enquanto inocência trata-se de “qualidade de inocente, falta de culpa”, consoante Ferreira (2008).

Dessa maneira, a função metalinguística do termo *presunção de inocência* pode ser conceituada como *ato de presumir a qualidade de inocência do agente*. Portanto, eis que o Estado/Juiz parte do pressuposto da inocência, e não da culpabilidade dos cidadãos na apuração de quaisquer investigações.

Porém, o termo em apreço, na visão técnica jurídica ganha contornos mais complexos. Assim, segundo Luigi Ferrajoli (2014), o princípio da presunção de inocência consignando na Carta Magna e no Código de Processo Penal segue uma lógica própria, regido pelo princípio da submissão à jurisdição, que incumbe à atividade estatal verificar as práticas de delitos e infrações reprimidas pelo Código Penal, outorgando ao Estado o poder de punir os agentes que cometem tais delitos.

Para o mesmo autor (2014, p. 506), o princípio da presunção de inocência impõe ser caracterizado como um “princípio fundamental de civilidade”, estruturado sob o prisma da liberdade e a segurança dos indivíduos. Vejamos:

[...] a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado e direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. (FERRAJOLI, 2014, p. 506).

Felizmente, compreende-se por meio da exegese da norma constitucional que não pode o acusado ser considerado culpado ou, até mesmo, a pena cabível ser antecipadamente aplicada, até que se prove a materialidade do crime e sua autoria. Nesse sentido, aduz Santos:

O princípio representa uma opção garantista a favor da tutela dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. Assim, a presunção de inocência, além de se prestar a guiar a instrução probatória, distribuindo à acusação o ônus de provar a culpa, também serve como postulado de defesa. (SANTOS, 2017, p. 15).

Ainda, nota-se que o conceito de presunção de inocência possui perspectivas diferentes de autor para autor. Diante das divergências acerca da abrangência da presunção de inocência, trago à baile algumas definições ao princípio sub examine, construídas por notáveis doutrinadores.

Por exemplo, o professor Marcelo Novelino (2013, p. 525), afirma que a “presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência) é instrumento de proteção da liberdade, tendo por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas”.

Já na definição de Humberto Nogueira Alcalá, esta presunção consiste no:

[...]direito que têm todas as pessoas a que se considere, a priori, como regra geral, que elas agem de acordo com a reta razão, comportando-se conforme os valores, princípios e regras do ordenamento jurídico, enquanto um tribunal não forme a convicção, através dos meios legais de prova, de sua participação e responsabilidade em um fato punível determinada por uma sentença firme e fundada.(ALCALÁ, 2005, p. 60).

Por outro ângulo, Ingo Sarlet assevera que:

A presunção de inocência e o ônus da prova da acusação impõem que a condenação penal só possa ser prolatada se o juiz se convencer da culpa para além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt). E a verificação do convencimento judicial só pode ocorrer em termos justificativos, donde a imprescindibilidade de se conjugarem, para observância da regra da presunção da inocência, o modelo de convencimento para além da dúvida razoável e o dever de motivação das decisões judiciais. (SARLET, 2017, p. 908).

De mais a mais, atualmente uma observação evolucionista do princípio da presunção de inocência nos autoriza vislumbrar a proteção da imagem do acusado, sobretudo na busca de coibir a ridicularização da vida do investigado, pois, o texto constitucional garante a presunção de não culpabilidade do agente. Nessa ótica, demonstra-se pontual o raciocínio do professor Aury Lopes Junior:

[...] a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 778).

Nessa perspectiva, é de suma importância agregar a essa concepção o *princípio da dignidade da pessoa humana*, que tem como função axiológica a defesa da liberdade dos cidadãos. A esse propósito cito ensinamentos de Silvio Beltramelli Neto:

[...] A função de defesa ou de liberdade é decorrência da história preocupação com a limitação do poder estatal, gênese dos direitos humanos, que põem, então, os interesses dos cidadãos, (em especial a sua liberdade) a salvo da intervenção arbitrária do Estado, fazendo em dupla perspectiva: objetiva e subjetiva. Na perspectiva objetiva, os direitos humanos consubstanciam “normas de competência negativa para os poderes públicos”, proibindo ingerências abusivas na esfera jurídica do indivíduo. Na perspectiva subjetiva, esses mesmos direitos “armam” o indivíduo de pretensão exigível no sentido de que o estado omita-se em relação à intervenção afrontosa à dignidade da pessoa humana [...](NETO, 2015, p. 36).

Portanto, verifica-se que o princípio presunção de inocência é amplamente consagrado com uma concepção garantista, sendo alvo de inúmeras críticas, já que é instrumento limitador do poder estatal.

## **2.2 Origem e evolução do princípio da presunção de inocência**

Em primeiro lugar, devemos nos atentar para o fato de que a história do homem se confunde com a história de suas instituições. Por esse motivo, não é preciso fazer muito esforço para recordar a evolução da noção de aplicabilidade da justiça, de alguma forma sempre ligada ao conceito de poder. Fato este oriundo da ação do Estado de avocar para si a tarefa de definir e arbitrar os litígios, litígios estes invariantes presentes em qualquer sociedade

Sublinha-se que os estudos das histórias das sociedades revelam que é “ponto assente que praticamente todas as sociedades tiveram ou têm um direito, ou, pelo menos, um aparelho especializado, com vista à resolução de conflitos e, portanto, à aplicação geral de normas” (RUIVO, 1981, p.113).

Com efeito, o poder punitivo do Estado também vivenciou diversas fases, as quais por diversas vezes adotou meios cruéis na aplicação de sanções que constantemente se baseava somente nas convicções dos julgadores, ou seja, sem lastro probatório que pudessem corroborar a materialidade e autoria dos delitos imputados aos acusados. Esse pensamento pode ser visualizado nas palavras de Leonir Bastiti:

[...]Em termos penais, o que se viu, em alguns momentos mais e em outros menos, foi à manipulação do direito penal como instrumento de perseguição, com prisões com base em boatos, condenações infundadas baseadas em revanchismo ou oportunismo dos que manipulavam o poder, a par de um sistema de penas absurdamente fora daquilo que hoje se traduz como dignidade humana. [...] Mais do que isso, constata-se, em certo período, em especial a partir do começo do século XV até a Revolução Francesa, um sistema processual penal de caráter inquisitivo, com uma concentração de atividade em maior ou menor grau de subordinado aos interesses dos detinham o poder, dominado pelo segredo e pelo emprego de tortura. Nas Ordenações Filipinas, que vigeram no Brasil e Portugal, previa-se no seu Título 124, do livro V, os tormentos como meio de prova, embora estes tormentos não pudessem dar a fidalgo, cavaleiro, doutor em Cânones, Lei, ou medicina, e vereadores, exceto quanto a certos casos, o que permite simultaneamente demonstrar a violação a uma série de princípios fundamentais hoje assentados, principalmente presunção de inocência e igualdade jurídica[...]. (BATISTI, 2009, p. 28).

A esse respeito, é importante registrar que no direito português encontram-se “antigos exemplos de alvarás em que se incentivam as denúncias no mais recatado segredo, mediante premiação, denúncias estas que permaneciam abertas sem tempo determinado de apuração e em que não havia número certo de testemunhas” (HONRA, 2006, p. 826). Logo, sujeitava o investigado a uma nuvem “sombria” por tempo indeterminado acerca de seu caráter e honestidade.

Diante desse cenário, insurge assim o princípio da presunção de inocência. De acordo Canotilho (2003), o citado princípio tivera sua origem na Carta Magna de 1215, em razão do dispositivo que consignavam que os julgamentos deveriam ocorrer conforme às leis do país.

Contudo, a maioria dos estudiosos discorda de tal conclusão, atribuindo a germinação do princípio a partir da confecção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, por conta da Revolução Francesa.

Salienta-se que, o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescrevia que “todo acusado é considerado inocente até ser

declarado culpado, e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Dessa forma, a interpretação do texto normativo nos autoriza concluir que o princípio supracitado foi assentado na busca de proporcionar a proteção do cidadão em face do poder do Estado-Juiz. Cumpre destacar, ainda, que com o advento dessa garantia, permitiu-se a superação do sistema processual inquisitório vigente, passando a vigorar o sistema processual acusatório, tornando-se o processo mais justo aos acusados, posto que proporcionavam aos réus mecanismos efetivos para exercer suas respectivas defesas.

Ainda nesse ponto, torna-se necessário algumas considerações acerca dos sistemas processuais. De acordo com Nestor Távora:

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação de decisão pelo magistrado. (TÁVORA, 2016, p. 23).

Nota-se que no sistema processual inquisitório todos os atos processuais se concentram sob responsabilidade de uma única pessoa, de modo que ficava prejudicada a imparcialidade do julgador, uma vez que este é o responsável pela acusação, produção de provas, elaboração das razões finais e pela sentença. Em outras palavras, seu juízo acerca do esboço fático do processo jamais estará isento de valoração.

À vista disso, esse sistema “foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (LOPES JR., 2007, p. 68).

Os argumentos favoráveis a esse sistema são estruturados na tese da garantia à efetividade da prestação jurisdicional e celeridade processual, tudo em prol do coletivo. No entanto, mostra-se equivocada tal premissa, conforme esclarece Nestor Távora:

**No sistema inquisitivo** (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que **se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretense interesse coletivo de ver o acusado punido**. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais. **O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero**



**figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição**, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo. (TÁVORA, 2016, p. 23, grifo nosso).

Dessa maneira, pela ótica do processo penal inquisitório, não se partia da inocência do acusado, mas sim, de sua culpabilidade. Logo, nesse sistema a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio da acusação*), e bastava um simples indício à formação de um juízo para o veredito condenatório, compreende Giacomolli (2013, p. 945-947).

Por outro lado, o sistema acusatório apresenta uma nova abordagem, aliás, uma denotação mais garantista do processo. Oportuno esclarecer que nesse novo sistema há uma descentralização das responsabilidades incumbida ao magistrado (Estado/Juiz) se comparada ao processo inquisitivo, haja vista que o sistema acusatório atribuiu ao Ministério Público a Função Constitucional de promover a ação penal, consoante o art. 129, da CR/88.

Por certo, o legislador constituinte optou por adotar no Brasil esse novo modelo. Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Nestor Távora:

Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a **Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos**. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado.

Nota-se que o que efetivamente **diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor**.

Vale registrar que o Novo CPC suprime o termo “livre” quando alude ao princípio do “convencimento motivado” (art. 371, NCPC), ao assentar que o juiz dará as razões de seu convencimento que, por sua vez, deve ser exposto de forma clara e precisa. O legislador quer dizer que o juiz tem limites para fundamentar. Não pode se arrimar em argumentos fora do sistema jurídico. Isso significa que a “liberdade” do magistrado para motivar o julgado é regrada, ou seja, deve ter reconhecimento do ordenamento jurídico. (TÁVORA, 2016, p. 24, grifo nosso).

Superada estas considerações, inegavelmente com o advento da presunção de inocência, idealizado no século XVIII, descompôs o sistema inquisitório, que consistia no poder absoluto do soberano para tomadas de decisões.

Cabe esclarecer que o sistema acusatório se originou a partir de críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais vigentes à época, e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos, culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de acordo relatos anteriores. À vista disso, Tourinho Filho preleciona que:

Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1879, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: **Todo homem sendo presumidamente inocente até que seja declarado culpado**, se for indispensável prendê-lo, todo rigor que não seja necessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente reprimido pela lei). Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembleia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 72, grifo nosso).

Portanto, sem dúvida as diretrizes do movimento iluminista no intuito de mudar esse paradigma processual, amadureceram diversas teorias que culminaram com o sistema processual penal misto (sistema processual acusatório), que, por consequência, buscava ditar um rito formal e material no sentido de proporcionar o réu o direito à ampla defesa e o contraditório. A esse propósito, mister trazer à colação do entendimento de Giacomolli, que assevera:

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 9º, rompendo com o Ancien Regime, **expressamente enunciou o princípio da presunção de inocência, em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade** do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão. (GIACOMOLLI, 2013, p. 946, grifo nosso).

Nota-se que esta reflexão fora inspiração para legislações de inúmeros países, sobretudo os que adotam regime de governos democráticos. Salienta-se, ademais, que várias organizações internacionais, a fim de dar mais celeridade processual, elegeram o princípio da presunção de inocência em suas declarações, tornando-se meios influenciadores para as Constituições contemporâneas.

Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – Assembleia Geral da ONU, em 1948, após a segunda guerra mundial confeccionou e promulgou

a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que de forma explícita consignou no art. 11 o princípio em comento:

**Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada** de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. (ONU, 1948, grifo nosso).

Deve-se lembrar que a declaração foi uma resposta as fortes violações de direitos humanos praticadas durante a 2ª Guerra mundial, de sorte a acreditar que futuras atrocidades poderiam ser evitadas por intermédio de mecanismos internacionais. Esse ponto é bem frisado por Giacomolli:

**O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos**, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, **acolheu o princípio da presunção de inocência como garantia ao justo processo**. (GIACOMOLLI, 2013, p. 946, grifo nosso).

Posteriormente, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, de 1950, conhecida como Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais, também em seu texto normativo fez menção direta ao princípio em análise. Vejamos:

ARTIGO 6º - Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. **Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada**. (Grifo nosso).

Em outra escala, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, adotado e aberto à assinatura pela Resolução da nº 2.200-A pela XXI Assembleia Geral da

ONU, em 16/12/1966, que entrou em vigor internacional em 23/03/1976, em conformidade com seu art. 49, detalha direitos fundamentais, ampliando e dando contornos mais efetivos aos direitos anunciados.

Importa registrar que, o Brasil depositou a Carta de adesão em 24/01/1992, razão pela qual entrou em vigor em 24/4/1992, sendo dado ao público pelo decreto nº 592, de 6/7/1992. Com efeito, o Pacto anuncia a presunção de inocência no art. 14, n. 2: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se **presuma sua inocência** enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (grifo nosso).

No mesmo passo, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, seguindo o posicionamento internacional optou por positivizar o princípio em voga em suas deliberações. Eis que o art. 8º da Convenção dimensiona Garantias Judiciais. Olhemos:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. **Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.** Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
  - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
  - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
  - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
  - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
  - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (OEA, 1969, grifo nosso).

Convém informar que o Brasil aderiu à Convenção, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678, de 6/11/1992.

Posto assim a questão, por ora, o que se pretende solidificar é que o princípio da presunção de inocência está entranhado nas deliberações das maiores Convenções, Tratado, Pactos, Declarações e Acordos que versam sobre direitos humanos, bem como insurgiu diante de um contexto devastador trazido pelo 2ª Guerra Mundial.

Face o exposto, não se pode avaliar ou elaborar qualquer juízo de valor sem considerar o cenário histórico vivenciado, sobretudo tendo em conta que foi garantia eleita para inibir abusos por parte do Estado, já que inúmeras vezes, de forma arbitrária, prolatavam vereditos sem se estruturar em provas cabais de autoria e materialidade dos acusados, assim como preteriam o direito de defesa. Tudo isso consubstanciado em interesses escusos com fito a manutenção do poder.

A outro giro, não se pode olvidar que a partir dessa fase se proporcionou aos acusados direitos de exercerem suas defesas de forma mais enfáticas, que, por consequência, resultaram em um processo mais justo e digno ao investigado.

Para arrematar, o professor Baccaria (2005, p. 63) assevera que “um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare: e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada”.

### **2.3 Constituições brasileira se a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência**

Sabe-se que o Brasil alcançou sua independência de Portugal em 7 de setembro de 1822, de forma que antes vigorava no ordenamento jurídico as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Ulterior há esse tempo, uma análise constitucionalista do Brasil permite detectar um distanciamento das classes políticas e o alheamento popular, e, portanto, a moderada ou até mesmo pobre intenção de utilizar tais cartas políticas como meios para efetivar mudanças na sociedade, conforme preceitua Bastiti (2009, p. 92-97). Porém, merece ressalva a Constituição de 1988, pois, de fato anunciou um novo prognóstico aos direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos. O mesmo autor afirma, ainda, que:

**As constituições brasileiras foram muito mais produtos de circunstâncias históricas, aliadas a movimentos tardios ou não, é verdade, do que propriamente Revoluções:** a de 1824 foi a do Império(em relação a qual dissolução da assembleia Constituinte não deixou de representar uma ruptura, embora de índole política); a de 1891 foi a da República; a de 1934 foi sequente a um período turbulento (Turbulento(Revolução de 1930 e Revolução Constitucionalista de 1932); a de 1937 foi decretada por Getúlio Vargas; a de 1946 foi a da redemocratização; a de 1967 e a Ementa 1, de 1969 foram produto da revolução ou movimento de março de 1964; finalmente, a de 1988 também a mercê da redemocratização. (BASTITI, 2009, p. 77, grifo nosso).

Nessa esteira, no que tange à Carta Monárquica do Império do Brasil, de 1824<sup>1</sup>, outorgada por Dom Pedro II, concentrava o poder na mão do Imperador, por meio do Poder Moderador, de forma a ratificar a ausência de participação popular em sua elaboração, sobretudo quando considerado o fato da dissolução da Assembleia Constituinte em 12 de novembro de 1823.

Ressalta-se que o “Poder Moderador: sem dúvida, foi o “mecanismo” que serviu para assegurar a estabilidade do trono do Imperador durante o reinado no Brasil” (LENZA, 2019, p.197).

Sob outra perspectiva, embora lento, já se pode sentir o embrião do princípio da presunção de inocência no art. 179, incisos I, VIII, IX e X da Constituição de 1824. Vejamos:

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

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

(...)

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

**IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea,** nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do

<sup>1</sup>Segundo o professor Pedro Lenza (2019, p. 194, grifo nosso) “A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada em 25 de março de 1824 e foi, dentre todas, a que durou mais tempo, tendo sofrido considerável influência da francesa de 1814. **Foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo em vista a figura do Poder Moderador, constitucionalizado, e também por unitarismo e absolutismo.**(LENZA, Direito constitucional esquematizado, Saraiva, 2019, p.194).

que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. (sic). (grifo nosso)

Ocorre que, o mesmo dispositivo, no inciso XXXV possibilitou a flexibilização de garantias constitucionais em certas situações, inclusive por ato do imperador, de sorte a tornar-se sem efetividade tais garantias.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achandoporém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, **poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetteráAssembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas;** e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.(Vide Lei nº 16, de 1834). (sic). (grifo nosso)

Dessa maneira, conclui-se que não foi mencionado nenhum momento de forma explicita o princípio da presunção de inocência na Constituição de 1824.

No mesmo passo, nota-se que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, vigente até 16 de julho de 1934, também não fez menção a presunção de inocência, malgrado versasse sobre direitos bem próximos. Aqui, cabe frisar que diferente da Constituição de 1824, os direitos consignados amparavam tanto os brasileiros quanto estrangeiros.

Art.72 - **A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade,** á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 13. **Á excepção do flagrante delicto, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronuncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei,** e mediante ordem escripta da autoridade competente.(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

§ 14. **Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada,** salvo as excepções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir.(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). (sic). (grifo nosso)

Outrossim, a Constituição de 1934 foi obra da revolução de 1930, sendo subsidiada pela Revolução de 1932, que culminou na restauração da ordem constitucional. Nota-se que essa Constituição também fora omissa quanto a previsão do princípio debatido. Em outras palavras, o texto normativo manteve a tradição dos textos anteriores, apesar de ter retirado a condicionante da Constituição de 1891 que registrava prisão após a pronúncia do réu. Por outro lado, reiterou a existência do remédio constitucional *habeas corpus*, conforme se depreende do art. 113, incisos 21 e 23, respectivamente:

Art. 113 - A Constituição **assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

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

23) **Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade**, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o habeas, corpus. [...]" (grifo nosso).

Na Constituição Brasileira de 1937, decretada pelo presidente Getúlio Vargas, constituindo o Estado Novo, novamente deixou de registrar a presunção de inocência no corpo do texto constitucional, apesar de prever direitos e garantias individuais, conforme se depreende do art. 122<sup>2</sup>.

A compreensão de tal dispositivo nos permite aferir a possibilidade da prisão em flagrante delito e, depois da pronúncia, há outras hipóteses de prisões determinadas em lei, desde que mediante ordem escrita da autoridade competente e havia a vedação da manutenção da prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada.

---

<sup>2</sup>**Constituição do Brasil de 1937.** Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:[...]11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa; (Suspendo pelo Decreto nº 10.358, de 1942).



A Constituição do Brasil de 1946 decorreu do processo de democratização diante o fim do Estado Novo. De igual modo, nesta Constituição não houve a positivação do princípio da presunção de inocência. Seguindo assim, as deliberações de cartas políticas anteriores. O que se observou no art. 141, §§ 20, 21 e 22, da Constituição de 1946 foi a prisão dependente de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente, nos casos expressos em lei, bem como quaisquer prisões deveriam ser submetidas a autoridades judicial, de modo que seria imediatamente relaxada se houvesse ilegalidade.

Já a Constituição de 1967 e a Emenda 1/69 representaram o marco inicial para a Ditadura Militar, alguns mais conservadores denominam como Movimento Militar de 31 de março de 1964. Apesar da nova forma de governo, manteve-se formalmente aos direitos e garantias individuais, embora o Estado não os respeitasse.

Da mesma forma, não houve previsão do princípio da presunção de inocência, sobretudo não havia interesse do governo em zelar por qualquer garantia limitadora do poder estatal.

Por outro norte, a Constituição de 1988 buscou traduzir todos os direitos e garantias positivados em Pactos, Tratados, Declarações e Acordos Internacionais na Carta Política, assumindo assim, a responsabilidade de apresentar uma nova história a respeito de garantias a sua sociedade.

Nessa esteira, o constituinte originário concentrado nas singularidades da nova Carta Magna e atento aos perigos de vazão de seu teor garantista, registrou no próprio texto constitucional, instrumentos para inibir a rupturas institucionais, visto que, no contexto de redemocratização, ainda se temia uma reviravolta no processo. Logo, seria imperioso estruturar pilares indestrutíveis do Estado Democrático de Direito. Compartilha do mesmo sentimento o professor Lenio Streck:

A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque substitui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. (STRECK, 2011, p. 77).

Por essa razão, inaugurou-se pela primeira vez nas Constituições Brasileiras a presunção de inocência no texto legal, malgrado não esteja explícito a expressão tradicional – presunção de inocência, tendo em vista a opção do legislador descrever

que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF/88, art. 5º, LVII).

Para além disso, não se pode olvidar que o texto constitucional elencou no art. 5º, uma gama de garantias que representaram uma evolução para o direito material e processual na esfera penal. À guisa exemplo, podemos citar os incisos LVI até LXVI<sup>3</sup>.

É de sobremodo importante assinalar que tais dispositivos consignaram hipóteses de prisões ante processuais (LXI, LXII), determinaram procedimentos a serem seguidos quando efetivado a prisão (LXI – parte e LXIV), assim como mandamentos para controle judicial da prisão (LXII, LXV e LXVI). Veja que o legislador buscou resguardar pormenorizadamente o direito a liberdade aos cidadãos, já que zela por bem jurídico, posterior o direito a vida, mais importante em nossa sociedade.

Portanto, caracterizam-se tais direitos como direitos de defesa, os quais vedam as interferências estatais no âmbito de liberdade dos indivíduos e, sob esse aspecto, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos (MOTTA, 2013, p. 238).

A Constituição de 1988, então traduz um enunciado do princípio da presunção de inocência, e assim corrobora que seu termo final é a sentença penal condenatória transitada em julgado. A par disso, especifica em vários incisos do art. 5º regras em face da detenção provisória.

---

<sup>3</sup>Art. 5º - Constituição Federal. **Dos Direitos e Garantias Fundamentais[...]**LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;LVII - **ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**;LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;LXI - **ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;LXII - **a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso** ou à pessoa por ele indicada;LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;LXV - **a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária**;LXVI - **ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.** (grifo nosso)

## 2.4 Objeto jurídico da proteção garantida pelo princípio da presunção de inocência

Para além de razões históricas que ficam evidentes, principalmente em face da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, impõe-se perquirir qual objeto jurídico a proteger com o mencionado instituto.

De acordo Bastiti (2009, p.134), o objeto jurídico que de imediato se percebe ser protegido pela presunção de inocência é a liberdade. Frisa-se que especificamente a liberdade *stricto sensu*, qual seja, o direito a não ser privado da liberdade, em particular, a liberdade de ir e vir, posto que a privação de liberdade impede por primeira essa livre disposição.

Por esse prisma, inquestionável que o princípio em comento impede a prisão sem que haja uma sentença transitada em julgado, efeito jurídico resultante no processo penal, daí a conclusão que tem como objeto de proteção da *liberdade*.

No que tange à rotulação da natureza jurídica da presunção de inocência, pode ser uma tarefa que, talvez ao final, se revele impossível.

É certo que, a presunção de inocência insere-se dentro dos denominados direitos individuais, que, como é sabido, surgem com o pensamento moderno, a partir da apreciação do conteúdo de liberdade-autonomia, conquanto já se pudesse entrever, no Pensamento Antigo, "direitos individuais em polémica".

Para além disso, pode-se afirmar se tratar de um *princípio garantidor*, posto que se trata de uma presunção *juris tantum*, que prevalece até que as provas do processo a desqualifique.

O que se pode observar é uma norma de natureza *impeditiva*. Significa dizer que, sua incidência *impede* certas, condutas, em especial, impede que alguém seja compelido a cumprir pena enquanto não encerrado o processo.

Por essa razão, a denominação da presunção de inocência surge como um *princípio*. Esse raciocínio é obtido por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

De modo que, a presunção de inocência, como se viu, decorre de consequências ou obrigações. Melhor: colocado explicitamente em instrumentos internacionais de que são signatários, entre outros, Brasil e Portugal, e implicitamente descortinado nas sucessivas Constituições de Brasil e Portugal, e, por último, expressamente consignado nas atuais Constituições (Constituição da

República Portuguesa de 1976 e a Constituição Federal do Brasil de 1988), impõe-se considerar tal princípio, direito ou garantia (seja qualquer a natureza que se entender ter), quando da formulação das regras de direito.

### 3 STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - IMPLICAÇÕES E GARANTIAS ASSEGURADAS E FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SUA EFETIVAÇÃO

#### 3.1 Direito e garantias fundamentais

A concepção de direito fundamental é proveniente do movimento político e cultural realizado na França, que por sinal culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Nota-se certa dificuldade entre os doutrinadores em distinguir direitos humanos e direitos fundamentais. Entretanto, vem consolidando o entendimento doutrinário que enquanto o primeiro cuida de direitos no plano internacional, por meio de tratados, convenções e acordos, o segundo são os direitos dos cidadãos abordados no âmbito interno por suas cartas políticas (NOVELINO, 2013, p.369)<sup>4</sup>.

Compreende-se que o objetivo primordial dos direitos fundamentais consiste na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, abrangendo direitos relacionados à liberdade e à igualdade dos cidadãos.

No que se refere à utilização da “teoria do status” dos direitos fundamentais, entende-se uma abordagem teórica de posições globais abstratas que é explicada não só por sua importância histórica, mas também pela relevância das classificações de tais direitos. Contudo, tem-se bem claro que *status* não se confunde com direito.

---

<sup>4</sup> A expressão *direitos fundamentais (droitsfondamentaux)* surgiu na França, em 1770, no movimento político e cultural que deu origem à *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789. **Apesar da inexistência de um consenso acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas positivados em planos distintos.** Enquanto os *direitos humanos* se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (*plano internacional*), os *direitos fundamentais* são os direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (*plano interno*), podendo o seu conteúdo e conformação variar de Estado para Estado. (NOVELINO, 2013, p. 369, grifo do autor).

Segundo Novelino (2013, p.370) a qualificação de *status* tem importância central sua caracterização como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”, isto é, tem como conteúdo o “ser”. Por outro lado, o mesmo autor baseado na concepção Jellinek afirma que o “direito” tem como conteúdo o “ter”. De forma a diferenciar as seguintes relações de *status*: I) *status passivo* (ou *status subjectionis*); II) *status negativo* (ou *status libertatis*); III) *status positivo* (ou *status civitatis*); e, IV) *status ativo* (ou *status da cidadania ativa*).

O **status passivo** é aquele no qual se encontra o indivíduo submetido ao Estado na esfera das obrigações individuais. Existe para o indivíduo algum tipo de dever ou proibição estatal ao qual está sujeito.[...]

Na doutrina, quando se fala em **status negativo**, geralmente se faz menção aos **direitos de defesa**.[...]

O indivíduo está inserido no **status positivo** quando lhe é reconhecida “a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais” (Jellinek), ou seja, quando o Estado garante ao indivíduo pretensões positivas.[...]

O indivíduo se insere neste *status* quando lhe são atribuídas capacidades que estão além de sua liberdade natural, como, por exemplo, o direito de votar.<sup>21</sup> Devem fazer parte do **status ativo** somente as competências que tenham como objeto uma **participação no Estado**, com o escopo de contribuir para a “formação da vontade estatal”. (NOVELINO, 2013, p. 372, grifo de nosso).

Em particular a presunção de inocência, na ótica da teoria dos *status* proposta por Jellinek é notório se tratar de um direito de defesa, ou seja, *status* negativo. Já que exige a limitação do poder estatal, impondo a este o dever de não interferência, intromissão, repressão ou censura.

Ademais, outro fator importante acerca dos direitos fundamentais são as garantias a eles asseguradas, por exemplo, é pacífico se tratar de direitos inegociáveis e intransferíveis e imprescritíveis. Dessa forma, oportuno se faz avaliar que se trata de garantias intrínsecas a pessoa humana, por consequência há uma vedação explícita em sua abolição. Porém, não quer dizer que sejam direitos absolutos.

No Brasil, o legislador constituinte ao elaborar a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, desmembrando em cinco capítulos, quais sejam: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade e direitos políticos e partidos políticos. Ou seja, o gênero direitos e garantias fundamentais comportam cinco espécies.

Ocorre que, nem sempre os direitos fundamentais tiveram força vinculante<sup>5</sup>, sendo muitas vezes meras diretrizes idealistas a serem perseguidas. Assim, a vinculação ao valor liberdade e, sobretudo, à dignidade humana conduz à sua **universalidade**. Logo, percebe-se a existência de um núcleo mínimo de proteção à dignidade, devendo estar presente em qualquer sociedade, ainda que os aspectos culturais devam ser respeitados (NOVELINO, 2013, p. 373).

Nessa esteira, a Constituição de 1988 adotou posição vinculante aos direitos fundamentais, dando a natureza jurídica de aplicabilidade imediata, consoante art. 5º, § 1º da CF<sup>6</sup>. Além disso, ressalta-se que “os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, CF). Sendo assim, todos os tratados internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil estão em vigência. À vista dessas considerações, transcrevo raciocínio de Alexandre de Moraes:

**NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. **Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente.** (MORAES, 2017, p. 44, grifo nosso).

### 3.1.1 Dimensões dos direitos fundamentais

Ademais, não se pode olvidar as dimensões (gerações) dos direitos fundamentais, pois representam períodos distintos que contribuíram para evolução dos ordenamentos jurídicos mundiais. Sabe-se que o lema da revolução francesa

<sup>5</sup>“O caráter normativo e vinculante dos dispositivos consagradores de direitos fundamentais nem sempre foi reconhecido, outrora sendo considerados “simples promessas” ou “meras declarações solenes” revestidas apenas de valor moral”. (NOVELINO, 2013, p. 369).

<sup>6</sup> CR/88, art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

(liberdade, igualdade, fraternidade) protagonizou as primeiras dimensões dos direitos fundamentais.

Desse modo, os **direitos fundamentais de primeira dimensão** buscavam limitação dos poderes do estado na busca de liberdades individuais, nesse cenário surgiram às primeiras constituições escritas positivando direitos ligados ao valor a liberdade, os chamados direitos civis e políticos ocorridos no século XVIII. Lembrese que zela de direitos de caráter negativo, conforme dito anteriormente.

Fazendo um adendo, por mais absurdo que seja, estamos ainda em pleno século XXI discutindo esse direito. Aliás, o objeto desse trabalho é justamente assentado na defesa dessa garantia basilar, pois a flexibilização do princípio da presunção de inocência demonstra claramente a restrição da liberdade do indivíduo antes do trânsito e julgado de sentença condenatória.

Já os **direitos de segunda dimensão** estavam ligados à igualdade material, denominados direitos sociais, econômicos e culturais, sobretudo garantidos sua efetivação no século XX, em que pese se tenha visto em textos dos séculos XVII e XIX. Tem-se como objetivo a diminuição das desigualdades sociais e garantias das instituições.

Os **direitos de terceira dimensão** associados a fraternidade teve como objetivo reduzir as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas por meio de colaboração de países ricos a países mais pobres. Segundo Bonevides (2011, p. 523), “destaca os relacionados ao desenvolvimento (ou progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”.

A **quarta dimensão** compreendia a democracia, informação e pluralismo.

Por fim, a **quinta dimensão** e outras criadas posteriormente buscam o aperfeiçoamento de garantias específicas, contudo ainda intrinsecamente ligados a 1ª, 2ª e 3ª dimensões.

### 3.1.2 Colisão de garantias e direitos fundamentais

Convém sublinhar que, por não serem direitos e garantias absolutos, em certas situações podemos ter conflitos entre dois direitos ou garantias fundamentais, de sorte que o interprete estará diante de um caminho nebuloso, uma vez que seu trabalho utilizará a técnica de ponderação para solução do caso concreto.

A lógica seguida é similar a análise de dois princípios conflitantes, isto é, malgrado haja tal decisão, não se estará excluído o outro princípio, tendo em vista não seguir o esquema do tudo ou nada adotado no conflito de regras. A esse respeito cito pensamento de Pedro Lenza:

**PRINCÍPIOS:** a previsão dos *relatos* se dá de maneira mais abstrata, sem se determinar a conduta correta, já que cada caso concreto deverá ser analisado para que o intérprete dê o exato **peso** entre os eventuais princípios em **choque** (*colisão*). Assim, a aplicação dos princípios “**não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato**”. Destaca-se, assim, a técnica da **ponderação** e do **balanceamento**, sendo, portanto, os princípios **valorativos** ou **finalísticos**. **REGRAS:** relatos descritivos de condutas a partir dos quais, mediante subsunção, havendo enquadramento do fato à previsão abstrata, chega-se à conclusão. Diante do conflito entre regras, apenas uma prevalece dentro da ideia do *tudo ou nada* (“allornothing”). A “... regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor” (ou seja, acrescente-se, critérios *hierárquicos*, da *especialidade* ou *cronológico*); (LENZA, 2019, p. 126, grifo nosso).

De igual modo, Moraes (2017, p.45) determina que nos casos de conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p.193) pondera, diante desse cenário, que a oposição de limites aos direitos fundamentais é limitada, “redundando na constatação da existência de um dever jurídico de proteção ao núcleo dos direitos fundamentais”. Isso quer dizer que, cada direito fundamental possui um núcleo essencial, de sorte que deve ser preservado. Merece frisar que sempre se utilizará nos casos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para sua solução.

Além disso, em tal situação deve o julgador sempre buscar o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Por essa razão, a nossa carta magna em seu art. 60,§2º veda o poder constituinte derivado de propor emenda ao texto constitucional com intuito de abolir os direitos e garantias fundamentais. Por consequência, essa proibição estende ao judiciário, já que foi a forma encontrada pelo poder constituinte de frear avanços



autoritários com fito a esvaziar os pilares do Estado Democrático de Direito. Vejamos a literalidade do dispositivo:

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

[...]

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

À vista disso, percebe-se que decisão da corte constitucional no sentido de flexibilizar o art. 5º, inciso LVII da CF demonstra-se equivocada, pois limitam o direito ao contraditório e ampla defesa (inciso LV), devido processo legal (LIV), todos previstos no art. 5º da CF, assim como cria inovações conceituais acerca do que é trânsito em julgado no âmbito processual.

### **3.2 Considerações acerca do princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência como já explanado anteriormente não possui registro literal na nossa Carta Magna, mas sim, por interpretação reflexa. O art. 5º, LVII, da CR/88 dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na busca de compreender o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional referente ao dispositivo, torna-se necessário fazer algumas indagações, quais sejam: o princípio da não culpabilidade e da presunção de inocência são expressões sinônimas? O que significa trânsito e julgado de sentença condenatória? Expliquemos!

A nosso pensar, não há diferença conceitual entre o princípio da presunção de inocência e da não culpabilidade, atribuindo apenas um erro do legislador no momento da redação do dispositivo. Ora, o efeito jurídico do condicionamento do trânsito em julgado para conferir a culpabilidade do agente é autoexplicativo, isto é, se o acusado só pode ser considerado culpado após estancar as vias recursais e permanecer o título judicial condenatório. Logo, presume-se sua inocência!

Em particular a esse ponto, o Professor Gustavo Badaró que afirma:

**(...) as expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo.** É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. 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, 2012, p. 24, grifo nosso).

Para além disso, Zanoide de Moraes observa que:

(...) essa impossível coexistência de conteúdos (constitucional brasileiro e ideológico fascista), aliada à análise genético-sistêmica agora empreendida, permitem concluir que, **se na escolha formal o constituinte vacilou até tender à aceitação da técnica redacional da “não consideração prévia de culpabilidade”, em essência jamais se afastou da força juspolítica e ideológica da presunção de inocência**, nos moldes aceitos e informados pela comunidade internacional no pós-guerra. (MORAES, 2010, p. 218, grifo nosso).

O mesmo autor ensina que:

[...]na cultura da Civil Law, a forma mais tradicional de se compreender a presunção de inocência é considerá-la como uma garantia de que o cidadão será tratado na persecução penal como inocente. Isto é, garante que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente sejam aplicados após o seu trânsito em julgado. (MORAES, 2010, p. 427).

Desse modo, nota-se que no intuito de justificar o cumprimento provisório da pena, a Corte Constitucional se utilizou de figuras metalinguísticas a fim de dissociar os significados da presunção de inocência e de não culpabilidade.

No que diz respeito ao trânsito e julgado de sentença condenatória, Moreira afirma que é:

[...] **a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável**, ou seja, “o trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. (MOREIRA, 1971, p. 145, grifo nosso).

Nessa perspectiva, imbuído por tais razões, Badaró (2018) sustenta que a partir do tempo em que o acórdão ou sentença se torna imutável, solidificando a coisa julgada material. Salienta-se que, a sentença e o acórdão só são imutáveis no momento que não há mais previsão de recursos a atacar aquela sentença ou acórdão. De sorte que, não se pode permitir inovações jurisprudenciais que criem

conceitos abstratos acerca da expressão trânsito e julgado, sobretudo quando visa alargar o poder punitivo do Estado.

No mesmo passo, a doutrina processual brasileira tradicional, também compartilha o mesmo razoar, vislumbrando dois ângulos do termo. O primeiro é o aspecto temporal; o segundo é o aspecto recursal. Ou seja, esgotado o prazo para a interposição dos recursos sem que haja a impugnação da sentença, consuma-se o trânsito em julgado da sentença por “preclusão”- aspecto temporal. De outra forma, findo os recursos cabíveis, também ocorre o trânsito em julgado da sentença – aspecto recursal.

Ademais, merece destaque anunciar que o art. 283 do Código de Processo Penal, por meio de redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, ratificou o desejo do Congresso Nacional em garantir o trânsito e julgado da sentença condenatória para o início da pena. Verdade seja dita, vontade não do Congresso Nacional, mas sim, da população brasileira, uma vez que são representantes eleitos pelos cidadãos que optaram por ratificar um direito fundamental em legislação infraconstitucional. Olhemos o texto normativo:

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

Assim, depreende-se que o Estado deve comprovar a culpabilidade do investigado, que por força constitucional deve ser considerado inocente, sob risco de voltarmos ao total arbítrio estatal, aceitando a flexibilização e o afastamento de um direito de primeira dimensão – liberdade.

Posto assim a questão, Madeira (2016, p. 290) afirma que “viola a presunção de inocência a chamada execução provisória da pena. Uma vez que do acórdão do tribunal cabem, em tese, recurso extraordinário e recurso especial”.

Nessa toada, segundo Moraes (2017, p. 91) posiciona-se categoricamente no sentido de exigir o trânsito e julgado para atribuição da culpabilidade dos indivíduos, pois a presunção de inocência foi homenageado **um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal**.

Para mais, oportuno fazer um adendo ao fato que o Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, conhecido com Código de Processo Penal, no art. 594, afirmava que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que livre solto”.

Ocorre que, em plena ditadura militar o dispositivo fora alterado em razão de seus excessos, sendo inserida na sua literalidade a análise da condição do agente, ou seja, se o réu era primário ou dispunha de bons antecedentes, de sorte a dispensar a condicionante anteriormente registrada, inibindo um encarceramento automático. Nesse passo, olhemos:

O réu não poderia apelar sem recolher à prisão, ou prestar fiança, **salvo se for primário e de bons antecedentes**, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto. (grifo nosso)

Apesar disso, com a entrada em vigor do texto constitucional, não se permitia mais a aplicabilidade do art. 594 do CPP, sendo revogado pela Lei nº 11.719 de 2008.

Observa-se que o recurso era condicionado à reclusão, prestação de fiança. Dessa forma, incompatível com a nova ordem jurídica promovida pela sociedade brasileira, principalmente quanto aos princípios da ampla defesa e da presunção de inocência.

Desse modo, com o advento dessa nova interpretação da Corte ficamos a um passo de retornamos aos moldes do direito processual penal vigente em épocas ditatoriais.

### 3.2.1 Prisões cautelares

Embora sejamos enfáticos no que diz respeito à inconstitucionalidade do cumprimento provisório da pena, reconhecemos cabíveis prisões cautelares, quais sejam: prisões temporárias, em flagrante e preventiva.

À luz das visões mais extremistas, não se pode aceitar que o legislador tenha legalizado prisões cautelares e não anuiu com a prisão após condenação de 2ª grau de jurisdição. No entanto, um pensamento mais aguçado sobre o assunto nos permite perceber que apesar da restrição de liberdade do investigado em prisões cautelares, não se imputa a ele o status de culpado, pois é algo transitório a

sua privação de liberdade tem cunho apenas assecuratório à investigação, exceto as outras hipóteses da prisão preventiva estipulada no art. 312 do CPP<sup>7</sup>. Esse é o raciocínio de Alexandre de Moraes:

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seu *status libertatis*. Desta forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsitos em julgado. (MORAES, 2017, p.91, grifo nosso).

Por esse prisma, Moraes (2017, p. 91) acrescenta que no caso do cumprimento provisório da pena implica no lançamento do acusado no rol de culpados, violando assim o princípio em voga, **consagrado, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.**

Por outro lado, deve-se registrar que a privação cautelar da liberdade tem caráter excepcional, somente se justificando nas hipóteses legais, sendo regra responder ao processo em liberdade. Além disso, é claro o sentimento do legislador de coibir prisões processuais automáticas e obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipação da sanção penal.

Segundo Lima (2017, p. 22) “O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendentes a garantir a efetividade do processo”. Por iguais razões, Canotilho (1993, p. 203) versa que “se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal”.

Todavia, não se pode confundir que tal autorização enseje argumentos para justificar o cumprimento provisório da sanção penal, uma vez que, essa hipótese busca resguardar a lisura do processo, sendo necessária análise em cada caso

---

<sup>7</sup> CPP: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada **como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria** Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

concreto, não se estabelecendo que a decisão seja medida automática e tão pouco obrigatória.

Para encerrar, torna-se necessário trazer à baila pensamento do professor Eugênio Pacelli de Oliveira (2005) que enfatiza o estado ou situação jurídica da não culpabilidade, destacando a obrigação do Estado à observância e obediência a duas regras específicas ao acusado, uma relacionada ao tratamento e outra de caráter probatória. A primeira condiz que o réu, em nenhum momento do inter persecutório, pode sofrer restrições pessoais lastreadas exclusivamente em probabilidade de condenação, sendo que o ônus da prova da existência do fato, autoria e materialidade recai exclusivamente sobre acusação, conforme determina a Constituição.

### **3.3 Função do Supremo Tribunal Federal na proteção de direitos e garantias fundamentais**

O Supremo Tribunal Federal ao longo da história brasileira fora instituição importante para construção do estado democrático de direito, de modo que forçadamente tivera que integrar e abraçar inúmeras lutas políticas para consolidação da democracia, sendo muitas vezes penalizados por tais condutas. O mesmo pensar aduz Emilia Viotti da Costa:

Num país onde as sublevações e os golpes de estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; num país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem qualquer processo; num país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que esta funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional." (COSTA, 2001, p. 15).

Malgrado ameaças sofridas, foram os integrantes das cortes que nos momentos mais nebulosos das instituições, posicionaram-se na defesa dos direitos e garantias constitucionais, firmando a estrutura basilar do estado de direito e o respeito e equilíbrio dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Segundo Alexandre de Moraes, a Corte Constitucional exerce quatro funções básicas:

1. o controle da regularidade do regime democrático e do Estado de Direito;
2. o respeito ao equilíbrio entre o Estado e a coletividade, **principalmente em proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais**;
3. a garantia do bom funcionamento dos poderes públicos e a preservação da separação dos Poderes;
4. e finalmente, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. (MORAES, 2016, p. 394, grifo nosso).

Vejamos que dentre as funções anunciadas, acentua-se a proteção à supremacia dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, cabe ao Supremo Tribunal Federal garantir e resguardar os direitos e garantias fundamentais de qualquer atitude do poder legislativo, executivo e judiciário que possa vir a violá-los. Nessa toada, urge ressaltar que com a ascensão do neoconstitucionalismo, tal função passou a ter contornos mais abrangentes. A premissa é solidificada pelo Min. Luís Roberto Barroso, em sua obra “O Novo Direito Constitucional Brasileiro”, afirma que:

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. (BARROSO, 2014, p. 281).

Compreende-se no referido trecho que a intervenção judiciária deve ser responsável, não se permitindo intervenções exorbitantes, de modo a respeitar as escolhas legítimas pelo legislador. Ocorre que, caso esteja sob ameaças direitos e garantias fundamentais deve o poder judiciário interceder para sua manutenção.

Outro fator importante é a vedação ao retrocesso social. Segundo a explicação do constitucionalista Ingo W. Sarlet (2009, p. 156), o princípio representa “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, [...] que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”.

Dito isso, o controle de constitucionalidade das leis se prova importante para a proteção dos direitos fundamentais, dado que é um controle efetivo das legislações supervenientes. Entendemos que sem esse controle estaria mais normas sujeitas a alterações imbuídas por sentimentos casuísticos, que por maioria das vezes buscam interesses pessoais, bem distantes dos pilares que estruturam o estado democrático de direito. Por isso, impõe sustentar que fiscalização na sede de controle de constitucionalidade representa a defesa da própria constituição, sobretudo do direito de defesa.

Por esse caminho Alexandre de Moraes leciona:

**A função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade**, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro, ou seja, somente ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, genéricas ou interventivas, as ações de inconstitucionalidade por omissão e as ações declaratórias de constitucionalidade, com o intuito de garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Dessa forma, propunha-se o modelo de justiça constitucional europeu, que se fundamenta essencialmente e em regra na noção de um Tribunal Constitucional, com competência específica para conhecer os litígios constitucionais. (MORAES, 2016, p. 394, grifo nosso).

Outro instrumento processual de suma importância é o recurso extraordinário, cuja função precípua é assegurar a defesa por via ordinária da proteção de direitos constitucionais violados no decorrer da instrução processual. Sendo assim, mostra que a intenção do legislador sempre buscou amparar o acusado de todos os mecanismos possíveis para sua defesa, buscando assim evitar novas investidas arbitrárias cometidas em períodos autoritários. Leiamos o art. 102, inciso III da CF:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

**d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.**

(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma



da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Grifo nosso).

Vejamos que a única condicionante exigida ao acusado é a violação de preceitos constitucionais e comprovação de repercussão geral das questões discutidas no caso, sob pena de não ser conhecido o recurso. Portanto, por tudo que já foi exposto, vislumbra-se que a função da Corte Constitucional no sistema judiciário pauta-se na revisão de atos legislativos, executivos e judiciários no âmbito do cumprimento das normas constitucionais.

No entanto, ao invés dessa atuação, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando de forma a tolher direitos e garantias fundamentais, sustentando suas decisões em probabilidades e “anseios populares” para restrição de direitos de 1ª dimensão. Ou seja, em sede do **HC nº 126.292e das ADCS n. 43 e n. 44** flexibilizou o princípio da presunção de inocência, concedendo o cumprimento antecipado da pena, malgrado esteja pendente recurso especial e extraordinário.

Essa decisão representou a presunção de culpabilidade do acusado, pois antes do trânsito e julgado de sentença condenatória terá seu nome lançado no rol de culpados, por consequência terá sua liberdade privada em que pese possua mecanismos em via ordinária para reverter tal sentença.

Nesse passo, passamos no capítulo seguinte enfrentar a decisão teratológica mencionada.

## 4 EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO HC nº 126.292

### 4.1 Evolução jurisprudencial quanto à flexibilização do princípio da presunção de inocência

Inicialmente, ressaltar-se que malgrado a vigência da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal continuou admitindo a possibilidade da execução provisória da pena, ainda que pendente o julgamento de recursos extraordinários e especiais. Nesse sentido, nota-se o mérito do julgamento proferido no HC n. 68.726,

Ademais, outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal continuaram consagrando o narrado entendimento, como, por exemplo: HC n. 71.723, HC n. 84.846, HC n. 91.675 e HC n. 85.024.

Ocorre que, após vinte anos, o Supremo Tribunal Federal registrou, em 2009, que a presunção de inocência impõe que só seja iniciado o cumprimento de pena após uma condenação transitada em julgado, conforme trecho do HC nº 84.078, cujo o relator era o Ministro Eros Grau:

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

O art. 637 do CPP estabelece que “[o] **recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados** pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. **A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória.** [...] 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.[...] 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** [...] 4. **A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária.**[...] 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição,** apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. **Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.** [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do

Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (Grifo nosso).

Dessa forma, na prática, deliberou-se pela impossibilidade da execução provisória da pena, enquanto pendesse qualquer recurso.

Não obstante, sobreveio em 17 de fevereiro de 2016, julgamento do HC nº 126.292/SP, o qual o plenário da Corte, por maioria dos votos, firmou entendimento diverso do anterior prolatado anteriormente. De modo que, a partir dessa decisão se admitiu a execução da pena após sentença condenatória em segundo grau.

Repara-se que dentre os argumentos suscitados pelos eméritos ministros da corte, o mais pontuado é que a condenação pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

Por consequência, em sede de Ações direita de Constitucionalidade n. 43 e n. 44 a corte enfrentou o questionamento acerca do art. 283 do CPP, momento que deu interpretação conforme a constituição ao artigo supramencionado, sendo admitido o cumprimento provisório da pena. Vejamos:

Ementa: MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. [...] Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso

cabível. 7. Medida cautelar indeferida.(ADC-MC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, MARCO AURÉLIO, STF.) (Grifo nosso).

Para tanto, percebe-se que a Corte limitou o marco temporal da garantia constitucional do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, que registra explicitamente, friso – EXPRESSAMENTE - como marco final da presunção de inocência o “trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, e não “até a condenação em segundo grau”!

#### **4.2 Argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto ao cumprimento provisório da pena no âmbito do HC nº 126.292**

A priori, detecta-se no julgamento em análise, que seis dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal posicionaram-se favoráveis ao cumprimento antecipado da pena, são eles: Min. Gilmar Mendes, Min. Carmen Lúcia, Min. Edson Fachin, Min. Luís Roberto Barroso, Min. Luiz Fux, Min. Teori Zavascki (relator). Fieram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente).

##### **4.2.1 Argumentos favoráveis ao cumprimento provisório da pena**

Convém observar, dentre os argumentos ventilados em favor da flexibilização da presunção de inocência, nota-se o uso de dados estatísticos para caracterizar o cenário caótico que o sistema judiciário e carcerário brasileiro se encontra, de modo a justificar esse novo entendimento. Além disso, entendem que a expressão “trânsito em julgado” garante apenas o segundo grau de jurisdição, pois posterior a esse momento não se analisa mais fatos e provas.

Ainda, explanam acerca do pequeno número de provimento dos recursos especiais e extraordinário que obstam o início da pena; ocorrência de prescrição pela demora do julgamento, de modo a gerar sensação de impunidade por ausência de efetivação jurisdicional – tempo razoável do processo; recursos manejados com fito protelatório. Para encerrar, sustentam que tal garantia socorre apenas pessoas com poder aquisitivo elevado – crime de colarinho branco, já que a grande maioria dos acusados são pessoas pobres que não possuem condições financeiras para

manejar recursos extraordinários e especiais, uma vez que são representados pela Defensoria Pública.

Nesse passo, trago raciocínio proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso:

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em *primeiro lugar*, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. [...]

Em *segundo lugar*, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, **com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.**[...]

Em *terceiro lugar*, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. **A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva.** [...]

**ESTÁ EM JOGO AQUI A CREDIBILIDADE DO JUDICIÁRIO** – inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril. (Grifo nosso)

Todavia, as justificativas expostas não podem ser utilizadas como argumentos sólidos no caso em apreço, pois restringir um direito fundamental por causa da omissão da efetivação de serviços públicos se mostra desarrazoado. Aliás, **mister frisar que o que está em jogo é a liberdade de um ser humano e não a credibilidade do judiciário.** Explico.

No que tange ao pequeno número de recurso provido em sede de recurso extraordinário, em particular a esse ponto, penso que o direito nunca será apenas baseado em possibilidades numéricas, sendo de suma relevância a análise do caso concreto, sendo inevitável respeitar o que determina a legislação, principalmente em se tratando do direito ao contraditório e ampla defesa no processo criminal. Da mesma forma, não se pode olvidar os recursos providos, que por certo evitaram injustiças irreparáveis, ainda mais, quando se trata de proteção constitucional referente à liberdade.

Por outro lado, o voto do Ministro Luiz Fux assevera que é incompreensível transcorrer todos os atos processuais, quais sejam: denúncia recebida, condenação em primeiro grau, manutenção da condenação pelo tribunal de segunda instância,

bem como pelo Superior tribunal de Justiça e, mesmo assim, o acusado ser considerado inocente. Vejamos o trecho *in verbis*:

[...] fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. (fl.58).

No entanto, trata-se de uma vontade política endossada pelo povo, uma vez que seus representantes legítimos – Congresso Nacional, positivaram inúmeras legislações infraconstitucionais que condicionava o esgotamento dos recursos para aplicação da sanção. Sobretudo, deve ser considerado que o poder constituinte alocou tal garantia em um lugar privilegiado na carta política, isto é, na parte de direitos e garantias individuais.

Relativo às legislações infraconstitucionais, à guisa de exemplo podemos citar a Lei de Execuções Penais que nos artigos 105 e 147 condicionaram o trânsito em julgado tanto na aplicação da pena privativa de liberdade quanto na restritiva de direito. Vejamos:

Art. 105. **Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade**, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. (Grifo nosso)

Art. 147. **Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos**, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (Grifo nosso).

Portanto, ao nosso pensar fica claro que não há dissonância da garantia em apreço ao meio social contemporâneo como aduziu o Min. Fux. Vejamos:

[...] É preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social - e há estudos de RevaSiegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais - e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição.

De igual modo, Santos (2017, p. 42) valora ser matéria protegida em razão da escolha política eleita pelo Estado. Portanto, não se deve esquecer que em razão da independência de poderes, é ilegítimo o STF deliberar restringindo a referida garantia.

Com isso, entretanto, técnico-jurídicos negligenciaram o fato de que, quando os clássicos elaboraram o **conceito de presunção de inocência**, não conceituaram o termo “presunção” como na forma encontrada no direito privado, **mas como uma regra jurídica, um pressuposto essencialmente político de funcionamento da persecução penal. Ou seja, ao se aduzir que alguém é presumidamente inocente, não se o faz com base em indícios fáticos extraídos das regras de juízo comum, mas com base numa escolha política, feita pelo Estado**, de tratar o acusado, sempre e sem distinção, como inocente até que seja provada sua culpa ou até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (SANTOS, 2017, p. 42, grifo nosso).

Outro fator que se mostra incongruente é a argumentação defensiva acerca da prescrição. Ora, não pode o acusado ser penalizado pela omissão estatal de julgar litígios, posto que o Estado avocou para si essa obrigação.

Singularmente nesse caso, urge sublinhar que os próprios Ministros reconhecem que o judiciário não é eficiente, sobretudo quando anunciam que inúmeros casos transcorrem por 20 anos sem se prolatar uma sentença definitiva, de modo a culminar com o instituto da prescrição.

Pois bem, não seria mais razoável buscar mecanismos para mais eficiência do judiciário, ao invés de estabelecer uma jurisprudência defensiva, a qual por sinal confecciona uma interpretação em prejuízo do réu, ou seja, violação explícita do princípio ***in dubio pro reo***. Princípio este símbolo do Processo Penal. Nessa perspectiva, consagra o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vejamos:

[...] **Ao lado da presunção de inocência como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória do acusador.** A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessária para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento, a absolvição é imperativa” (TJRS, Ap. Crim. 70015449838, 7ª Câmara Criminal, Rel. Nereu José Giacomolli, j. 5-10-2006). (grifo nosso)

Por fim, quanto ao argumento que a garantia constitucional na prática assiste apenas aos acusados com poder econômico, reconhecemos que em

decorrência da precariedade das Defensorias Públicas a premissa tem certa razão. Ocorre que, é inaceitável o Estado negar um direito ao cidadão sob o referido pretexto. Ora, agindo assim, o STF transmite uma mensagem que em razão da ineficiência do poder público de oferecer aos hipossuficientes uma defesa técnica plena, torna-se injusto apenas os “abastados” utilizar tal mecanismos. Sendo assim, o mais razoável, na visão do STF, é suprimi-la, ao invés de proporcionar estrutura para as defensorias públicas exercerem seu trabalho de forma efetiva.

Dessa forma, em busca de uma correção nesse sistema de recursos protelatórios interpostos em sede de Recurso especial e extraordinário na visão dos Ministros, justifica-se a revisão do entendimento e da conceituação do trânsito e julgado da sentença condenatória. Todavia, findando com essa decisão teratológica de que o trânsito e julgado é compreendido com o julgamento do Tribunal de segundo grau.

À vista disso, torna-se inquestionável a interpretação em desconformidade com a Carta Constitucional, conforme aponta Santos:

Com a coleção dos votos, que acompanharam ou não o do relator e que constituem esse julgamento, enxerga-se a venda sobre os olhos de quem deveria ter a visão indene e desimpedida sobre o Direito Constitucional. Mais importante que o próprio atropelamento da Constituição, são as frágeis balizas que os vendados marcam para realizá-lo: princípio da efetividade do poder jurisdicional, direito estrangeiro, expectativa da sociedade, resposta à própria, dentre outros. O que a venda não permitiu aos eminentes e doutos ministros enxergarem foi a norma constitucional, promulgada democraticamente, e sua taxatividade. (SANTOS, 2017, p. 132, grifo nosso)

#### 4.2.2 Argumentos desfavoráveis

Por outro lado, os ministros desfavoráveis à flexibilização da presunção de inocência, que ao nosso pensar afigura interpretação mais acertada, alegam que não pode o Supremo Tribunal Federal ignorar a literalidade do dispositivo constitucional em prol de argumentação de uma jurisprudência defensiva.

Ademais, verdade seja dita, a redação dada ao texto constitucional é clara quanto à exigência do trânsito e julgado para impor o início da pena, de modo que qualquer exegese dada ao dispositivo implica na construção de uma nova norma,



sendo o caso em apreço uma “emenda constitucional”. Esse raciocínio é compartilhado pelo o voto do **Min. Marco Aurélio**<sup>8</sup>:

[...] No rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que "ninguém será considerado culpado antes do **trânsito em julgado da sentença condenatória**". **O preceito, a meu ver, não permite interpretações**. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. (p. 77-78).

É de sobremodo importante assinalar a postura do Ministro, pois apesar de reconhecer se tratar de estações de crises do Estado não permitiu negociar, suprimir ou relativizar o princípio basilar que sustentam o estado democrático de direito. Vejamos:

**Esses dois pronunciamentos esvaziam o modelo garantista**, decorrente da Carta de 1988. Carta – não me canso de dizer – que veio a tratar dos direitos sociais antes de versar, como fizeram as anteriores, a estrutura do Estado. Carta apontada como cidadã por Ulisses Guimarães, um grande político do Estado-país, que é São Paulo, dentro do próprio País. [...]. **Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.** (Grifo nosso).

O ministro a par do cenário desfavorável em que se encontrava a matéria que o julgamento apreciou, alinhou-se a postura de defender a manutenção de uma paz social frente às bruscas surpresas dos posicionamentos do Tribunal - não só, mas também as condena, acertadamente (SANTOS, 2017, p. 52)

De igual modo, o Min. Celso de Mello demonstrou-se temeroso ao caminho que a corte trilha, pois a interpretação ali consolidada subordina a Constituição aos interesses do Estado, uma vez que dá novo significado aos preceitos consagrados pelo constituinte, desequilibrando assim a relação do poder judiciário e do poder legislativo.

Lamento, Senhores Ministros, registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República, essa preocupante

<sup>8</sup> Excertos - este e os que o seguem - vindos do voto do Ministro Marco Aurélio Mello no julgamento referente ao *Habeas Corpus* 126292 do estado de São Paulo. Disponível em: <http://sxonjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>. Acesso em 22 de abr.de 2016.

inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada em julgamento que perigosamente parece desconsiderar que a majestade da Constituição jamais poderá subordinar-se à potestade do Estado.<sup>9</sup>

Portanto, o nosso raciocínio do caso em comento, ocorreu uma judicialização da política, ou seja, ampliação do espaço da função judicial, espraiando-se por campos anteriormente ocupados pelo executivo e pelo legislativo, provocando um desequilíbrio entre os poderes (SIQUEIRA NETO, 2016, p.140).

Ainda nesse ponto, o autor alega que essa judicialização provoca o ativismo judicial, com valoração pessoal determinando o julgamento realizado por juízes e tribunais. O direito passa a ser aquilo que os juízes dizem, e não o que está previsto na lei. Por tais razões, cumpre ponderar o subjetivismo e poder de tal interpretação. À vista disso, colo pensamento de Santos:

**É preciso ir em direção a um constitucionalismo que não faça uso das teses que desembocam, invariavelmente, em discricionariedades.** É preciso dar um passo para além do esquema sujeito-objeto. Resgatemos a contribuição básica de Gadamer e Hcidegger para fugirmos dessa subjetividade individualista. (SANTOS, 2018, p. 133, grifo nosso)

Em face do exposto, tem-se claro que a preservação do princípio da presunção de inocência seria a única decisão adequada ao nosso texto constitucional, visto que a leitura da garantia concedida merece ser valorado o seu teor com a carga ideológico e político que a segue. Compartilha de tais reflexões Antônio Magalhães Gomes Filho, citando Jérzy Wrobléwski, afirma:

**As presunções, também sublinhou Wroblewski, estão fundamentadas em valores ideológicos e técnicos;** no caso a presunção de inocência, o valor ideológico é a garantia de interesses do acusado no processo penal, enquanto o valor técnico, instrumental ao primeiro, contribui para a segurança e a certeza do direito, indicando ao juiz a regra a ser obedecida no caso de incerteza sobre a culpabilidade. É justamente por isso que na leitura da expressão “presunção de inocência” há de ser considerado prioritariamente seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. (GOMES FILHO, 1991, p. 37, 43, grifo nosso).

<sup>9</sup> Trecho extraído do excelente voto do Ministro Celso de Mello no mesmo julgamento, disponível em: <<http://www.petdireito.ufpr.br/wp-content/uploads/2016/03/VOTO--MINISTRO-CELSO-DEMELLO.pdf>>. Acesso em 25 de abr. de 2016.

Para finalizar, cito Lênio Streck e seu pensamento acerca da função limitadora que a Constituição impõe à sociedade:

A constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque substitui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. (STRECK, 2011, p. 78).

### 4.3 Consequências jurídicas da decisão

Com efeito, essa nova interpretação dada ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, referente ao princípio da presunção de inocência, ocasionou uma insegurança jurídica no âmbito nacional, uma vez que, ao passo que autorizou o cumprimento provisório não modulou as hipóteses de aplicação.

Desse modo, conforme anunciado anteriormente a Lei de Execução Penal prever o trânsito em julgado tanto para o cumprimento de pena privativa de liberdade quanto para restritiva de direito. Assim, o Habeas Corpus analisado versou apenas imposição do início da pena na privação de liberdade, restando omissis quanto à pena restritiva de direito, isto é, se seria aplicada ou não o novo entendimento. Além disso, indaga-se se com essa nova postura se deve considerar o conceito de trânsito em julgado a partir da decisão de tribunal de segundo grau nos outros ramos do direito? Compartilha as mesmas preocupações Santos:

É o caso do art. 105 da Lei 7.2010/84 (Lei de Execuções Penais – LEP), segundo o qual, transitando em julgado a sentença que aplicar a pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição da guia de recolhimento para a execução. Em que pese aplicar-se a LEP tanto a presos provisórios quanto aos definitivos, como se extrai de seu art. 2º, parágrafo único, uma análise superficial, mas não necessariamente descartável, permitiria concluir que os presos provisórios a que se refere o dispositivo são aqueles sobre os quais recaem prisões de caráter cautelar, considerando que o art. 84, § 1º, do diploma, após tratar da necessária separação entre os provisórios e os definitivos, relaciona o conceito de “presos provisórios” com “acusados” e não, “condenados” Os ministros também não enfrentaram a problemática dos efeitos a condenação para além da execução provisória da pena. Os arts. 91 e 92 do CP estabelecem quais os efeitos da sentença penal condenatória, sejam eles genéricos e automáticos, sejam eles específicos e necessariamente motivados. Contudo, sua efetivação depende especificamente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Se adotada a tese do STF de que a CF/88, em seu art. 5º, LVII, não trata da suspensão da prisão pena até o trânsito em julgado da decisão condenatória, recair-se-ia em um contrassenso lógico: para medidas menores (*minus*), como a indenização cível ou a perda do cargo público, seria necessário o trânsito em julgado da

sentença penal condenatória; mas para a aplicação de prisão pena, medida decerto maior e mais gravosa (*majus*), far-se-ia necessária apenas a condenação em segunda instância. Um evidente contrassenso não enfrentado por aqueles ministros. (SANTOS, p. 2017, p. 60)

Outro fator que não foi deliberado é na situação do Tribunal do Júri, ou seja, se após o veredicto do júri o réu que interpor recurso deverá iniciar automaticamente o cumprimento da pena, tendo em vista o tribunal revisor não analisará mais fatos e provas, sendo muito similar ao novo entendimento conceitual acerca do Trânsito e Julgado.

Porém, cumpre assentar que:

[...] referir-se o trânsito em julgado da sentença penal condenatória à preclusão da matéria probatória, o que, evidentemente, não se confunde com o fenômeno do trânsito em julgado, pela simples possibilidade de reversão do que foi decidido. (SANTOS, 2017, p. 59).

Portanto, verifica-se que a decisão deixou um abismo de situações que podem criar uma verdadeira confusão no mundo jurídico.

No entanto, quanto à imposição do início da pena restritiva de direito após manutenção da condenação do tribunal, o Min. Gilmar Mendes entendeu não ser aplicado, conforme decisão proferida no HC nº 161.140- PR:

DECISÃO: Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado por Fabio Ricardo Trad e outros, em favor de Antonio Carlos Castellon Vilar, contra decisão proferida pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 531.047, determinou o início da execução provisória da pena fixada ao réu. Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal, à pena de 3 anos, 4 meses e 25 dias de reclusão, sendo substituída por duas restritivas de direitos.[...] **É cediço que, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP.** Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual. No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre

tribunais. **No entanto, o mesmo entendimento não se aplica, automaticamente, às penas alternativas. Isso porque, o referido julgado não apreciou questão referente à possibilidade, ou não, do início da execução provisória nas penas restritivas de direito, após confirmação em segunda instância. Cumpre registrar que o artigo 147 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) dispõe sobre o início da execução provisória nos casos em que as penas fixadas sejam restritivas de direitos. Transcrevo o aludido dispositivo: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.” (grifei) [...] Diante do exposto, **concedo a ordem de habeas corpus para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.** Publique-se. Int.. Brasília, 5 de junho de 2019. Ministro GILMAR MENDES Relator.**

Dessa forma, mostra-se incongruente o ministro entender que é necessário o trânsito e julgado para aplicação de pena restritiva de direito, todavia, dispensar tal requisito para privação da liberdade do acusado.

Por derradeiro, não se pode olvidar que com a decisão proferida em razão do Habeas Corpus nº 12.292-SP, o Supremo Tribunal Federal de maneira abrupta invadiu em matéria de competência do Congresso Nacional. Esclareço.

Por força da Carta Política, determinou-se que compete ao Congresso Nacional a elaboração de leis e de emendas constitucionais e ao Supremo Tribunal Federal a função principal de ser o guardião do núcleo essencial da Constituição Federal, já visando evitar que normas posteriores pudessem esvaziar sua intenção.

No entanto, com esse julgamento a Corte de maneira autoritária criou uma “legislação” constitucional, no momento que deturpou o significado da norma com sua interpretação totalmente em desconformidade com o núcleo essencial da presunção de inocência.

À luz dessas considerações, registro a necessidade de se esclarecer que guardião não é sinônimo de dono, como bem assevera Santos:

[...] há uma enorme diferença entre ser guardião e ser dono de determinada coisa. Enquanto o dono tem a plenitude do uso, gozo e fruição, na relação de guarda se destaca a figura da confiança, isto é, espera-se que a preservação do bem no mesmo estado em que estava quando lhe foi entregue, até porque a função do guardião é zelar em proveito de outrem. Por isso, considerando a relação de interdependência entre Supremo Tribunal Federal e Constituição da República, não há como os ministros, “depois de décadas de propaganda vendendo a ideia de democracia como uma forma superior, atacarem abertamente os valores que a constituem, sobretudo o valor liberdade. (SANTOS, 2017, p. 23).

Dessa forma, compreende-se em uma visão democrática, não caber a atividade hermenêutica restringir direito fundamental, sobretudo o Direito Penal e Processual Penal que são intrínsecos a dignidade da pessoa humana. Seguindo o mesmo viés, Rodrigo de Grandis doutrina:

[...]um processo penal forjado sob os auspícios do Estado Democrático e Social de Direito, dois valores igualmente irrenunciáveis devem merecer ponderação por parte da autoridade judiciária: (i) a pretensão punitiva da sociedade e (ii) o direito de liberdade do indivíduo. (DE GRANDIS, 2015, p. 441).

Ademais, nesse sentido, importantes são as palavras de Douglas Fischer:

Os direitos fundamentais não podem ser vistos apenas como direitos de defesa frente ao Estado, mas como verdadeiros princípios objetivos e direitos de defesa em face de ataques a bens jurídicos fundamentais que lhe são dirigidos por quaisquer pessoas, **cabendo ao Estado a função de tornar eficaz a proteção constitucional**. (FISCHER, 2006, p. 120).

Por seu turno, urge sublinhar que:

Se nem o poder de reforma da Constituição está autorizado a eliminar direitos e garantias fundamentais, admitir que o STF possa restringir o núcleo essencial de direitos fundamentais contrariando a literalidade do texto constitucional é um contrassenso. (HACHEM, 2016, p. 203, grifo nosso).

Portanto, nota-se que a ação do Supremo Tribunal Federal consagrou uma inovação jurisprudencial cancerígena, já que na busca de dar uma resposta à sociedade, e, aos altos níveis de insegurança pública, política, financeira e carcerária, suprimiu preceitos singulares do estado democrático de direito.

Dessa forma, ao invés de guardar a constituição em suas diretrizes garantistas atuou de forma contrária. Nesse passo, colamos produção de Brasileiro:

Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, **não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória** da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu. (LIMA, 2016, p. 22, grifo nosso).

Por fim, o novo entendimento despreza as lutas de movimentos sociais na construção de direitos e garantias fundamentais conquistados graças a lágrimas e

mortes ao longo da história brasileira. Finalizo o trabalho com críticas prolatadas por Santos:

Monarcas tiveram suas cabeças cortadas, máquinas foram depredadas, Ditaduras foram deixadas para trás e milhões sofreram na pele para que democracia e bem-estar social fossem algo almejavél. Infelizmente parece que também esses ideais são vistos apenas no retrovisor. O apogeu do individualismo alcançou seu estado na nossa sociedade de consumo globalizada e meritocrata. Mas isso é um diagnóstico social e político, não é nem um prognóstico e nem a base para uma utopia dentro do constitucionalismo e da filosofia. Que podemos viver em uma; sociedade melhor, mais solidária e menos desigual, sem dúvida podemos - e viveremos -, mas o que é preciso para que o Direito não perca sua autonomia e não permita se tornar a porta de entrada para a falência total do mínimo que alcançamos de I bem-estar civilizatória, a democracia? (SANTOS, 2018, p. 133).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo dos argumentos e das consequências da flexibilização do princípio da inocência apresenta importância indelével para os debates políticos e jurídicos contemporâneos, graças à singularidade e à dimensão que a garantia comporta no texto constitucional e na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Nesse compasso, a presente monografia buscou explicar as inúmeras legislações internacionais e do nosso ordenamento jurídico acerca da presunção da inocência, sempre registrando o status de direito fundamental de primeira dimensão conferida ao princípio, assim como o seu caráter protecionista em face do Estado, haja vista o histórico das arbitrariedades cometidas com fito à manutenção de governos autoritários.

Contudo, sob argumento do combate à impunidade, insegurança, descredibilidade do Poder Judiciário (argumentos morais e políticos, mas não jurídicos), o Supremo Tribunal Federal restringiu, ou melhor, interpretou o princípio em desconformidade com o texto constitucional. Por consequência, esvaziou o núcleo essencial do direito a presunção de inocência.

Ocorre que nem ao legislador é possível diminuir a proteção conferida pelo princípio da presunção de inocência, em razão da vedação do art. 60, § 4º, inciso IV, da CR/88, que dispõe ser impossível proposta de emenda constitucional com objetivo de abolir direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, no julgamento do HC nº 12.292-SP, evidenciou-se um distanciamento do Supremo Tribunal Federal com seu dever primordial de guardar o núcleo essencial do texto constitucional, sendo incontestável a configuração de uma interpretação teratológica.

Portanto, a execução da pena no segundo grau de jurisdição, à vista da decisão apertada do Supremo tribunal Federal (6x5), é apequenar a Constituição da República.

Por tais razões, a noção do processo penal acusatório, difundida no sistema jurídico brasileiro, fica comprometida, já que se presumirá a culpabilidade do acusado a partir da deliberação do Tribunal em segunda instância.

Portanto, malgrado se note adeptos a esse novo entendimento, compreende-se que a flexibilização do princípio da inocência representa um



retrocesso à sociedade brasileira, pois restringe o exercício pleno da defesa dos acusados.

Desse modo, a bem da justiça e do dever das instituições, cumpre assegurar essa garantia que constitui a pedra angular do contraditório e ampla defesa, pois “ninguém será privado da liberdade(...) sem o devido processo” (CR/88, art. 5º, LIV). Do mesmo modo, “aos litigantes, em processo judicial (...) e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e a ampla defesa, como meios e recursos a eles inerentes*” (CR/88, art. 5º, LV).

Destarte, os recursos são o corolário do devido processo legal e não podem ser negados em virtude dos cânones constitucionais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. **Lus et Praxis**, vol. 11, número 002, Universidad de TalcaTalca, Chile, 2005.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Clássicos), pág.63.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p.24.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righilvahy. **É temerário admitir que o STF pode "criar" um novo conceito de trânsito em julgado**. Consultor Jurídico, 3 de abril de 2018,. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/badaro-stf-nao-criar-conceito-transito-julgado>>. Acesso em 8 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto, **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo horizonte: Fórum, 2014.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituição do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BELTRAMENTLLI NETO, Silvio. **Direitos Humanos**. 2ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 26.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código penal**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. VadeMecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 505-578.

\_\_\_\_\_. Código de processo penal (1941). **Código de processo penal**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. VadeMecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 581-683.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: CURIA, Luiz Roberto. et al. VadeMecum compacto. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 3-139.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em 12 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43 e 44**. Requerentes: Partido Ecológico Nacional e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Marco Aurélio Melo. Brasília, 20 de setembro

de 2019. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4986065>>. Acesso em 10 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 15 jan. 2015. Julgado em 17 jan. 2016. Publicado em 17 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078/MG**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça Relator: Ministro Luiz Fux. Minas Gerais, 15 mar.2004. Julgado em 05 fev. 2009. Publicado em 26 fev. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 203

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, EmiliaViotti da. **O supremo tribunal federal e a construção da cidadania**. São Paulo: Ije, 2001.p.15.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 290-295.

DE GRANDIS, Rodrigo. Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. **Coleção Esquematizado**. LENZA, Pedro (coord.). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 193.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, LVII, In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013. p. 946-954.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v. III. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Paraná: Direito do Estado, 22 fev. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-nocenciapelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 8 mar. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. rev. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 793

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**.v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p.68.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9º ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCOS, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 24. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:MÉTODO, 2013

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**(1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**(1948). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

PORTUGAL. **Constituição da República portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 203.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e Legitimação. **Revista Crítica de Ciências Sociais n. 6**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, p. 113, maio 1981.

SANTOS, Juliana Coelho dos. **A flexibilização do princípio constitucional da “presunção ” de inocência a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADCS 43 E 44**. 2017. 86f. Monografia - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SANTOS, Lucas Peres dos. **Presunção de Inocência Versus Execução Provisória da Pena: Considerações sobre o julgamento do HC nº 126.296/SP e das ADCs nºs 43 e 44**. 2017.68f. Monografia - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Fronteiras da Cidadania**. São Paulo: Editora Mackenzine, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Opinião: Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF! **Consultor Jurídico**, 29 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, ROSMAR. Curso de Direito Processual Penal. 11ª Ed. Salvador, Bahia, Editora Juspodivm, 2016, pág. 23.

TEIXEIRA, José A. Carvalho. **Introdução à Psicoterapia Existencial**. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/aps/v24n3/v24n3a03>>. Acesso em: 11 mai 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.