



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

STEFANNY MARIA ADRIÃO DE ALBUQUERQUE

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CONFORME O
HABEAS CORPUS NÚMERO 126.292 SÃO PAULO**

**JOÃO PESSOA
2022**

STEFANNY MARIA ADRIÃO DE ALBUQUERQUE

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CONFORME O
HABEAS CORPUS NÚMERO 126.292 SÃO PAULO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA
2022**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

A345m Albuquerque, Stefanny Maria Adrião de.

A mitigação do princípio da presunção de inocência conforme o habeas corpus número 126.292 São Paulo / Stefanny Maria Adrião de Albuquerque. - João Pessoa, 2022.

53 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Princípio constitucional da presunção de inocência. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. HC nº 126.292/SP. 4. Trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 5. Prisão preventiva. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

STEFANNY MARIA ADRIÃO DE ALBUQUERQUE

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CONFORME O
HABEAS CORPUS NÚMERO 126.292 SÃO PAULO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

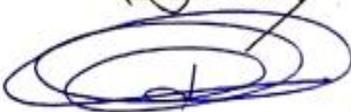
Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 07 DE DEZEMBRO DE 2022

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)


Prof. Ms. RÔMULO RÊMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)


Prof. Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)

A Mário Cavalcanti de Albuquerque (*in memoriam*),
e Maria Helena dos Santos de Albuquerque.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir existir e viver segundo à sua vontade.

Aos meus avós maternos, Mário Cavalcanti de Albuquerque (*in memorian*) e Maria Helena dos Santos de Albuquerque, por tanto cuidado e consideração ao longo da minha vida. Seus empenhos em me educar sempre vieram em primeiro lugar e aqui estão os resultados de seus esforços. Com eterna gratidão.

Ao meu pai, Edson Adrião da Silva, que jamais esquecerei de seus muitos sacrifícios para que eu me mantivesse morando na cidade de João Pessoa/PB e concluísse a graduação.

Ao meu namorado, Caio Mendes de Oliveira França, e à sua família Mendes, que estiveram comigo em variados momentos da minha vida, se alegrando com minhas conquistas e me apoiando quando necessário.

Aos meus amigos e amigas, por toda força, incentivo e apoio, especialmente Raira Valle Pinheiro, com quem dividi a jornada da vida na faculdade e em casa.

Ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, local onde pude desenvolver minhas aptidões técnico-profissionais.

A todos os profissionais que contribuíram com o meu aprendizado no ambiente de estágio, sobretudo ao Dr. Diego Franklim dos Anjos Lima, por todo ensinamento e experiência compartilhados em matéria de Direito Civil.

Ao professor Gustavo Barbosa de Mesquita Batista que com muita generosidade, paciência e dedicação aceitou orientar a presente pesquisa.

À professora Márcia Glebyane Maciel Quirino, ouvido amigo e palavras confortantes durante a missão de escrever a presente pesquisa.

Por fim, a todos que de alguma forma me incentivaram, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

Essa pesquisa teve como objetivo examinar se houve a mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência na decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292/SP, que passou a autorizar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Demonstrou-se relevante discutir essa temática, pois, ainda que essa decisão não tenha efeito *erga omnes*, todos os órgãos jurisdicionais passaram a seguir o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal ante seu papel de guardião da Constituição. Para tanto, além do estudo de caso do acórdão no HC nº 126,292/SP, foram traçadas importantes considerações sobre o princípio da presunção de inocência e a prisão preventiva, por meio dos quais revelou-se que a incoerência do trânsito em julgado da decisão condenatória definitiva obstaculiza o início do cumprimento da pena. Ao final, foi possível concluir que as argumentações dos Ministros vencedores mitigam o princípio da presunção de inocência, porque relativizam o sentido e alcance dado pela Constituinte, e não prosperam do ponto de vista da constitucionalidade, porque criam um tipo de prisão sem a observância do rito previsto à criação de leis novas.

Palavras-chave: Princípio constitucional da presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292/SP. Trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Prisão preventiva.

ABSTRACT

This research aimed to examine whether there was a mitigation of the constitutional principle of the presumption of innocence in the decision from the Federal Supreme Court in HC n° 126.292/SP, which began to authorize the execution of the sentence before the final and unappealable sentence of the condemnatory criminal sentence. It proved to be relevant to discuss this issue, because, although this decision does not have an erga omnes effect, all jurisdictional bodies began to follow the same understanding of the Federal Supreme Court in its role as guardian of the Constitution. To this end, in addition to the case study of the judgment in HC n° 126,292/SP, important considerations were outlined on the principle of the presumption of innocence and preventive detention, through which it was revealed that the non-occurrence of the final and unappealable decision of the conviction definitive obstacle to the beginning of the execution of the sentence. In the end, it was possible to conclude that the arguments of the winning Ministers mitigate the principle of the presumption of innocence, because they relativize the meaning and scope given by the Constituent Assembly, and do not prosper from the point of view of constitutionality, because they create a type of prison without the observance of the rite provided for the creation of new laws.

Key-words: Constitutional principle of the presumption of innocence. Federal Supreme Court. HC n° 126.292/SP. The final and unappealable sentence of the condemnatory criminal sentence. Preventive detention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. – ANTES DE CRISTO

ADC's – AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

ADIs – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Art. – ARTIGO

Arts. - ARTIGOS

CF/88 - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

CPC/15 – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

DUDH - DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

HC – HABEAS CORPUS

Min. – MINISTRO

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

Nº - NÚMERO

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	12
2.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	16
2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS FUNÇÕES NO PROCESSO PENAL.....	19
3 A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	25
3.1 CONCEITO E DISPOSIÇÕES LEGAIS	25
3.2 DA RELAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	31
4 A DECISÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP	35
4.1 PRECEDENTE: HABEAS CORPUS Nº 84.078/MG	35
4.2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONSAGRADA NA DECISÃO DO HC Nº 126.292 SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	37
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ficou conhecida como “Constituição Cidadã” por consagrar a democracia no país depois de vinte e um anos de regime militar e, com o propósito de obstar o retorno àquele período de violência e repressão à pessoa humana, assegurou direitos e garantias fundamentais para servir à ordenação do sistema jurídico nacional.

É no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais que o princípio da presunção de inocência é positivado, designadamente no inciso LVII Art. 5º da CF/88, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso LVII).

Em que pese ser possível imaginar que os três poderes da União, mormente o Poder Judiciário, se limitariam a cumprir com os deveres e competências estipulados na outorga constitucional, tal expectativa não se realizou no julgamento do HC nº 126.292/SP, caso em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a prisão do acusado após a decisão condenatória oriunda de Tribunal de segunda instância antes que se tivesse operado o trânsito em julgado.

A partir disso, é que se delineou a presente pesquisa com o objetivo de explicar o princípio da presunção de inocência, examinar sua incidência no instituto da prisão preventiva e analisar a decisão proferida no habeas corpus nº 126.292/SP, buscando responder ao final a seguinte pergunta: houve, nesse caso, a mitigação do princípio fundamental da presunção de inocência?

Nessa perspectiva, compreende-se que a temática escolhida é relevante porque não apenas se limitou a realizar a análise de uma simples decisão jurídica, mas sim dedicou-se a realizar a análise de uma decisão jurídica cuja temática envolve o teor e grau protecionista do princípio fundamental da presunção de inocência. Por consequência, essa pesquisa se destina a sociedade, em geral, pois, eventual verificação de mitigação desse princípio pode trazer reflexos jurídicos irreversíveis, afinal, na hipótese de um indivíduo acusado vir a ser inocentado nos Tribunais Superiores, não há como devolver-lhe o tempo de liberdade suprimido.

A metodologia deste trabalho empregou a pesquisa básica exploratória, com abordagem qualitativa, utilizando como procedimento o estudo de caso e, para desenvolvê-la, as técnicas de análise de documentos e revisão bibliográfica. Convém pontuar que a análise de documentos comportará como fonte o manejo de documentação direta, através de doutrinas e legislações, e indireta, através de livros, artigos e sítios web.

Assim, essa pesquisa ficou dividida em três capítulos principais, onde o primeiro capítulo trata de elucidar o princípio da presunção de inocência como princípio constitucional e direito fundamental, apresentar sua breve evolução histórica e apontar suas funções dentro do processo penal.

O segundo capítulo é ocupado pela conceituação da prisão preventiva, a explicação das disposições legais que a disciplinam e, por fim, sua relação com o princípio da presunção de inocência.

No último capítulo tem-se o estudo restrito da decisão do HC nº 126.292/SP para analisar a eventual ocorrência da mitigação do princípio da presunção de inocência, bem como a resposta do problema proposto.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É comum a todos que quando se fale em presunção de inocência anteceder a palavra “princípio”, contudo, nem todos entendem o motivo pelo qual ela seja um princípio e as implicações provenientes de ser ou não ser. Por isso, antes de uma análise mais completa a respeito do princípio da presunção de inocência, é imprescindível tecermos breves considerações sobre esse aspecto.

A explicação sobre a presunção de inocência ser um princípio pode ser iniciada a partir do seu conceito etimológico que, conforme a lexicógrafa e professora de português Débora Ribeiro, significa “O começo; o que ocorre ou existe primeiro que os demais: princípio dos tempos.” (PRINCÍPIO, 2018).

Trazendo para o campo da ciência do Direito, as normas jurídicas são entendidas como gênero do qual os princípios e as regras são as espécies que garantem um sistema coeso e coerente: as regras definem condutas e os princípios são os fundamentos que funcionam como critério de interpretação e integração das regras.

A coesão e coerência do sistema jurídico advém do fato de que as regras e os princípios são complementares, de modo outro que se fosse constituído somente de regras, precisaríamos de uma vasta quantidade de comandos para abranger à dinâmica da sociedade por não serem flexíveis e abrangentes, e, se fosse constituído somente de princípios, geraria insegurança jurídica por suas determinações serem muito abstratas.

O jurista Robert Alexy, sobre a diferenciação entre regras e princípios, com a tradução dada por Virgílio Afonso da Silva, leciona:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Nesse condão, as regras impõem determinações específicas, sejam permissivas ou proibitivas, que devem ser cumpridas por completo ou não são consideradas cumpridas, pois, seu teor é restritivo e qualquer cumprimento aquém ou além do fixado não é cabível. Os princípios, por sua parte, ao invés de determinações específicas, ordenam mandamentos generalistas mais voltados à programas de ações, o que lhes permitem ter um grau de satisfação mais variado e um âmbito indeterminado de aplicações.

É válido ressaltar que, em um caso concreto, a solução empregada em um conflito de regras difere da decorrente de um conflito entre princípios. No conflito entre regras, ou se aplica o princípio da especialidade, caso em que se determina o afastamento da lei geral para aplicar-se a lei especial, ou uma das regras é considerada inválida. Sendo um conflito entre princípios, um dos princípios predomina sobre o outro a depender das circunstâncias, flexibilizando-o, mas não o excluindo.

Ainda, os princípios são normas finalísticas destinadas a proteger, preservar ou promover os valores jurídicos mais importantes da nossa sociedade e, para isso, eles estabelecem um estado ideal dos bens que tutelam e impõem obrigatoriedade na adoção de comportamentos aptos a alcançar o conteúdo proposto, sem definir quais são os comportamentos a serem adotados. Já as regras, são normas descritivas aplicadas quando se verifica a correspondência entre a descrição normativa e atos praticados. Humberto Ávila, explica:

[...] Os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de normas que geram para argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reason*). Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos.

Já no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas. É a própria regra que funciona como razão para adoção do comportamento. Adota-se o comportamento porque, independentemente dos seus efeitos, é correto. A autoridade proveniente da instituição e da vigência da regra funciona como razão de agir. As regras poderiam ser enquadradas na qualidade das normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*) [...]. (ÁVILA, 2006, p. 70-71).

Todavia, convém pontuar que é somente com a inserção dos princípios em textos constitucionais no Pós-Positivismo que as normas se dividem entre regras e princípios, sendo o princípio entendido como direito, inicialmente, eles detinham tão somente caráter supletivo em caso de lacuna na lei, tal como discorre Carlos Eduardo de Freitas Fazoli:

Inicialmente, os princípios não tinham força de norma jurídica. Eram exortações de ordem moral ou política (ROTHENBURG, 2003, p.13), sugestões, idéias de direção. No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais e, a fortiori, os princípios jurídicos não apresentavam efetividade em função do “não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.142).

Com o passar do tempo e com a evolução do Direito, os princípios foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.149). Deixaram de ser simples orientações para se tornarem comandos dotados de efetividade e juridicidade. Comandos estes que devem ser obedecidos por todos e que servem de lastro para a satisfação imediata de direitos subjetivos. (FAZOLI, 2007, p. 13-14).

A partir dessas explicações, torna-se coerente o entendimento de que a presunção de inocência é princípio jurídico e não regra, uma vez que não há como ela ser sempre satisfeita à luz do que lecionou Robert Alexy, haja vista que se assim o fosse estaríamos sob o risco de inviabilizar qualquer tipo de persecução penal.

Noutro norte, a Constituinte de 1988 dispôs de um título específico, o Título II, para tratar dos direitos fundamentais e garantias fundamentais, objetivando garantir dignidade à vida humana e proteção aos indivíduos frente a atuação estatal, imprescindíveis para a vida em sociedade dentro do Estado Democrático de Direito. Luigi Ferrajoli, com a tradução para o espanhol de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi, define os direitos fundamentais como:

[...] son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (FERRAJOLI, 2004, p. 37).

No capítulo I do referido título II são positivados direitos e deveres individuais e coletivos. Ao passo em que ocorre a positivação do princípio da presunção de inocência nesse capítulo I, ele é elevado à dupla categorização de princípio constitucional e direito fundamental.

Cabe esclarecermos que definimos acima o princípio da presunção de inocência tão somente como direito fundamental porque, apesar de os direitos e as garantias fundamentais serem utilizados com equivalência de significado, existem diferença entre eles. Pedro Lenza, outrora, já se posicionou nesse seguimento:

O art. 5.º, como vimos, trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais (Título II). Assim, apesar de referir-se, de modo expresso, apenas a direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais. Resta diferenciá-los.

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar esse tormentoso tema foi o sempre lembrado Rui Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu “as disposições

meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.

Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. (LENZA, 2021, item 14.3., n.p)

Sendo assim, as garantias fundamentais possuem conteúdo assecuratório e funcionam como instrumentos para que o texto constitucional seja cumprido dentro do Estado-Nação. A garantia pressupõe a existência de um direito a ser protegido, como é o caso do HC, remédio constitucional que garante o direito à liberdade de locomoção.

E os direitos fundamentais, por sua vez, possuem conteúdo declaratório por isso, são essencialmente normas que protegem bens jurídicos. A redação do princípio da presunção de inocência no inciso LVII do Art. 5º da CF/88 ficou determinada como “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso LVII), a partir da qual se depreende, pela exegese transversa, que todo indivíduo será presumido inocente, não cabendo execução da pena até que todos os recursos sejam julgados. Daí a razão do princípio da presunção de inocência ser designado como direito fundamental, por que determina um interesse a ser protegido.

Coerentemente, partindo da concordância de que o Direito Penal e o Direito Processual Penal tutelam os bens jurídicos mais caros e importantes aos indivíduos, é que afirmamos que o princípio da presunção de inocência deve ser o topo hermenêutico para todo o ordenamento jurídico, sob pena de acarretar a ruína dos pilares do regime democrático preestabelecido e a violação aos direitos humanos fundamentais tutelados no texto constitucional. Celso Antônio Bandeira de Mello consegue transmitir com clareza o quão nocivo é ao sistema jurídico a violação de um princípio:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2015, p. 987).

Por fim, ainda é importante saber que a Constituinte se dispôs não somente a preservar os direitos e garantias elencados, mas também a atualizá-los periodicamente. É o teor do Art. 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988, Art. 5º, parágrafo 2º).

Feitas essas considerações e tendo por completa a compreensão da presunção de inocência como princípio e como direito fundamental, entende-se porque ela é o princípio reitor que permeia e que deve permear todo o processo penal, no sentido de impor, dentre outras questões que veremos adiante, a preservação da liberdade do acusado caso inexistir sentença penal condenatória definitiva.

2.2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O objetivo desse subtítulo é demonstrar os precedentes históricos do princípio da presunção de inocência, mas não se pretende esgotar toda a historiografia existente sobre o tema, de modo que foram apresentadas apenas as contribuições que, mais significativamente, limitam o tema para cumprir com a finalidade da presente pesquisa.

Inicialmente destacamos que, assim como tudo no Direito, a trajetória do princípio da presunção de inocência não é uma progressão sistemática, se assemelha, na verdade, a uma “colcha de retalhos” agrupada de pouco em pouco para atender as necessidades de cada época.

De origem imemorable, a primitividade do princípio da presunção de inocência remonta à Antiguidade, mais especificamente ao Direito Romano, através da expressão latina *in dubio pro reo* — na dúvida, a favor do réu —. Nesse período, apesar de existir uma preocupação em humanizar o tratamento do acusado, não se têm ainda um sistema que favoreça propriamente a presunção de inocência, principalmente se considerarmos a obrigatoriedade da prisão para antecipar o cumprimento da pena.

Com o período posterior da Idade Média, vimos surgir um sistema processual inquisitorial de natureza persecutória que permaneceu em vigor na Europa Continental até meados do século XVIII. Tal sistema vai ser responsável por dilapidar o bojo da presunção de inocência até então criado pelo *in dubio pro reo*, haja vista ser de sua essência a prática de tortura para alcançar confissões¹, a concentração das atividades de processamento e julgamento nas mãos do juiz, a prisão preventiva como regra, o processo ser secreto e sem contraditório, e ser o acusado considerado culpado desde a abertura do processo com o ônus de demonstrar sua inocência.

¹ Na Idade Média os meios de provas eram hierarquizados e a confissão do acusado ostentava o caráter de prova plena. Ver também Teixeira (2004, p.14-15).

Como fito de elucidar o contraste entre esses dois contextos históricos que acabamos de apresentar, trazemos à baila o pensamento de Aury Lopes Júnior:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”. (LOPES JÚNIOR, 2019, n.p).

Retomando com a cronologia histórica do princípio da presunção de inocência, ao final do século XVIII, começam a ganhar força os ideais iluministas que, prezando pelo domínio da razão, pregavam a valorização do homem e denunciavam a brutalidade e iniquidade do sistema inquisitório. A inspiração dada pelo movimento iluminista, somada a crise econômica, política e social que vivia a França por consequência do absolutismo monárquico, resulta na exitosa Revolução Francesa de 1789.

Do processo revolucionário francês de 1789 comina a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 26 de agosto desse mesmo ano, primeiro grande marco na criação de direitos fundamentais, que define direitos individuais e coletivos como universais, entendendo a doutrina majoritária que, pela primeira vez, a presunção de inocência é positivada pelo art. 9º do referido documento, o qual dispõe: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.” (DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

A relação entre o princípio da presunção de inocência e o Iluminismo que findou em sua positivação na Declaração do Homem e do Cidadão encontra-se facilmente explanada nesse excerto de Fernando da Costa Tourinho Filho:

O princípio remonta o art. 9º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido com objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que “a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige” (Dos delitos e das penas, São Paulo, Atena Ed.,1954, p.106). Há mais de duzentos anos, ou, precisamente, no dia 26-8-1789, os franceses, inspirados naquele movimento, dispuseram da referida Declaração que: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable; s’ il est jugé indispensable de l’ arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s’ assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi” (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). (TOURINHO FILHO, 2009, p. 29-30)

Nesse condão, temos que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão rompeu com a perspectiva dos séculos anteriores para obstruir qualquer abuso estatal em face do indivíduo que figurasse no polo passivo de um processo criminal, sancionando que o acusado, no decurso do processo penal ou do inquérito policial deveria ter sua dignidade preservada, sem que o tratamento como culpado pudesse ser dado antes de uma declaração formal.

O próximo momento histórico importante para o princípio da presunção de inocência inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939–1945) e criação da Organização das Nações Unidas em 1945 por 51 países membros originais, aduzindo de logo em seu preâmbulo o propósito cardeal de proteger os direitos fundamentais do homem, sejam eles a dignidade e a liberdade.

Com o mundo abalado pelas mortes, destruições e atrocidades advindas desse período aterrador, se promulga em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas que, entre várias determinações importantes para assegurar a dignidade da pessoa humana ao nível global, tutela a presunção de inocência em seu Art. 11.1: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

É partir da DUDH que a presunção de inocência é tutelada em diversos outros diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos fundamentais, todos contendo definição semelhante sobre o princípio da presunção de inocência e exigindo, conseqüentemente, a comprovação legal da culpabilidade para que fosse considerado o acusado tratado como tal. São exemplos de diplomas inspirados na DUDH a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como primeiro instrumento a concretizar e dar efeito vinculativo aos direitos consagrados na DUDH, foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa e adotada em Roma no ano de 1950, dispondo a presunção de inocência como cânone e princípio basilar nos termos do Art. 6º, item 2:

Qualquer pessoa acusada presume-se inocente até prova em contrário. Deve ser informada o mais rápido possível da acusação contra ela e poder preparar a sua defesa. Tem direito a ser representada por um advogado pago pelo Estado se não tiver meios para pagar um. (A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950)

Nesse ponto, é válido explicar que é nesse ínterim que o Brasil supera o período ditatorial e, não necessariamente inspirado somente na DUDH, mas seguindo uma tendência externa, positiva o princípio da presunção de inocência em seu ordenamento, elencando-o inclusive como insuprimível do ordenamento jurídico já que protegido à título de cláusula pétrea².

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, em suma, engloba uma extensa lista de direitos e liberdades e é o instrumento pelo qual os países que o ratificam assumem o compromisso de garantir aos cidadãos que estejam em seu território os direitos ali assegurados. Dentre os variados direitos reconhecidos podemos citar o direito à não ser submetido à tortura ou penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, à livre circulação e à igualdade perante tribunais e cortes de justiça. O Brasil referenda o Pacto a partir do Decreto nº 592/1992, sendo específica a tutela dada ao princípio da presunção de inocência no Art. 14, item 2 deste documento “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.” (BRASIL, 1992a).

Finalmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada em 1969, tem o mesmo propósito do diploma citado anteriormente só que no âmbito da Organização dos Estados Americanos. O Brasil se torna signatário a partir do Decreto nº 678/1992, o qual, sobre o princípio da presunção de inocência estatui em seu Art. 8º, item 2, *caput*, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]” (BRASIL, 1992b).

Dessa forma, observamos brevemente o histórico da presunção de inocência, partindo do Direito Romano e chegando até a sua positivação no Art. 5º, inciso LVII da CF/88, mais que isso, verificamos que também foi assumido o compromisso internacional perante a humanidade de promover um sistema criminal pautado no princípio da presunção de inocência.

2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUAS FUNÇÕES NO PROCESSO PENAL

² O Art. 60, parágrafo 4º da CF/88 elenca as cláusulas pétreas de nosso ordenamento, isto é, as disposições constitucionais que não podem ser suprimidas ou reduzidas, sendo uma das cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988, Art. 60, parágrafo 4º, inciso IV). Assim, como o princípio da presunção de inocência é um direito fundamental, ele é protegido a título de cláusula pétrea.

O Direito Processual Penal pode ser enxergado como um conjunto complexo de normas e princípios que informam a aplicação do Direito Penal a partir da limitação do poder punitivo do Estado e promoção aos direitos e garantias dos acusados. Interessante destacar que não necessariamente esses princípios precisam estar explicitamente no CPP, podendo tanto serem implícitos quanto estarem espalhados em outros diplomas legais. Paulo Rangel, discorrendo sobre os princípios que norteiam o direito processual penal, informa:

Desta forma, os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico- processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem.

As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo. (RANGEL, 2019, capítulo I, item 1.1, n.p).

É em razão do sistema penal ser garantista que para o processo penal ser ilibado ele deve incorporar, ao longo de sua tramitação, todo o conjunto de regras e princípios que são aplicáveis ao caso concreto, demandando amplo conhecimento da defesa, da acusação e do julgador sobre as disposições que lhe são pertinentes.

Como visto, o princípio da presunção de inocência se aplica a todo o ordenamento jurídico, visto que está disposto na Constituição, ainda assim, em virtude da magnitude da sua importância para a seara processual penal, o legislador infraconstitucional também o fez constar no Art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2019:

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. (BRASIL, 1941)

A bem da verdade, incumbe dizer que parte da doutrina faz a distinção entre presunção de inocência e presunção de culpabilidade, como bem podemos observar nesse trecho de autoria de Bonfim:

Sustenta a boa doutrina que a expressão “presunção de inocência” é de utilização vulgar, já que não é tecnicamente correta. É verdade. Presunção de inocência, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não-culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória. (BONFIM, 2015, p. 95)

Não obstante, apesar da existência dessa divergência doutrinária em busca da nomenclatura ideal, é imprescindível entendermos que as expressões “inocente” e “não culpado”, no contexto de condenação para cumprimento de pena, apresentam apenas variação semântica, possuindo idênticos conteúdo e significado, dentro do ponto de vista processual. Isso porque, independentemente do indivíduo ser julgado inocente ou não culpado, a conclusão depois de findo o processo penal somente poderá ser, alternativamente, duas: ou há crime e o réu é responsável; ou não há crime e o réu é inocente. Abaixo, com a melhor doutrina de Gustavo Badaró e Aury Lopes Júnior:

Mas será que podemos afirmar que a Constituição 'não recepcionou a presunção de inocência'?

Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a 'presunção de não culpabilidade' é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio 'pré-presunção de inocência' não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela a base democrática da Constituição. A essa altura do estágio civilizatório, Constitucional e Democrático, como ensina Bueno de Carvalho, o Princípio da Presunção de Inocência 'não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros – neste momento histórico, da condição humana'. Não se pode olvidar, ainda, a expressa recepção no art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” (...). (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016, p. 9 e 10).

Nesse trilhar, independentemente de como o legislador originário redigiu o princípio da presunção de inocência em nossa Constituinte, enquanto direito fundamental, deve ser utilizado em prol do acusado durante todo o processo criminal.

Sob outro enfoque, o estado de inocência, estado natural de todo o indivíduo, deve ser preservado porque a única coisa capaz de modificá-lo permanentemente é a sentença penal condenatória transitada em julgado, oriunda de um devido processo legal, assim como instrui Maria Lúcia Karam:

[...] o réu na ação penal condenatória há de ser tratado como inocente, até que se opere o trânsito em julgado de eventual pronunciado condenatório, sua situação jurídica, durante todo o curso do processo, sendo a de inocente. Esta situação de inocência, construída pela norma constitucional e reconhecida a todos os indivíduos – e, por tal razão, identificando-se a uma presunção –, só poderá, assim, se desfazer através do pronunciamento jurisdicional irrecurável, em que, tendo sido observados os ditames da cláusula fundamento do devido processo legal, vier a ser firmada a prática da conduta punível e imposta a pena. (KARAM, 2003, p. 166).

Colhemos o ensejo para ressaltar que por mais que não haja a definição legal do termo “trânsito em julgado”, entende-se que este é o momento em que a sentença ou decisão é definitiva, ou seja, que, contra ela, não cabem mais recursos. Fazzalari (2006), enxerga a sentença que transitou em julgado como irretratável, significando para a situação que não é mais possível recorrer.

A sociedade como um todo compreende, ao menos superficialmente, a relevância do princípio da presunção de inocência, mas a maior parte não é adepta de sua continuidade. São inúmeras as críticas tecidas quanto à impunidade que ele favorece pela infinitude de recursos disponíveis em nosso ordenamento, que podem ser manejados com conteúdo meramente protelatório para postergar ao máximo a decisão final. É o caso, por exemplo, do jornalista Pimenta Neves, assassino confesso da sua ex-namorada e também jornalista Sandra Gomide, que, cometendo o crime no ano de 2000, permaneceu solto por mais de 10 anos à custa de recursos interpostos em todas as instâncias judiciais³.

Ainda que entendível o sentimento de revolta, nenhuma sociedade deveria querer abdicar do direito de ser processada com justiça, julgada a partir de critérios previamente definidos e imputada dentro de uma realidade fática comprovada. Isso porque, fora do âmbito dos direitos fundamentais, somente há espaço para o punitivismo desenfreado, arbitrariedades e perseguições, tal qual foi o período da Idade Média. É claro que não se deseja que culpados sejam absolvidos, mas não se deve negociar a retirada de direitos e garantias fundamentais.

Para além da rasa declaração de que o princípio da presunção de inocência deve persistir enquanto latente o andamento do processo, tencionamos explicar como se determinam suas funções dentro da esfera processual penal, ou seja, como norma-regra de tratamento, norma-regra probatória e norma-regra juízo. A explicação precede o entendimento do princípio em comento em três perspectivas, tal qual ensina Fernando Capez:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual [...]. (CAPEZ, 2016, item 3.6.14., n.p)

Aury Lopes Júnior deslinda melhor o tema ao trazer as manifestações que ocorrem em cada uma dessas perspectivas:

A partir da análise constitucional e também do art.9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, VEGAS TORRES aponta para as três principais manifestações (não excludentes, mas integradoras) da presunção inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é

³ Para maiores detalhes consultar o artigo de Brandino (2014).

inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).

c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada. (LOPES JÚNIOR, 2019, n.p).

Como norma-regra de tratamento, o princípio da presunção de inocência assegura que o tratamento jurídico a ser dado a uma pessoa acusada deverá ser o mesmo dado a uma pessoa inocente, até que se transite em julgado a sentença penal condenatória. Por isso, a aplicação de quaisquer medidas coercitivas ao acusado deverá ser precedida de uma situação de extrema necessidade e amparada pela Lei, como é o caso da prisão preventiva que será trabalhada no próximo capítulo.

É importante salientar que a norma-regra de tratamento ainda tem contornos fora da esfera processual, isto é, devem ser preservadas sua imagem, honra e integridade física perante a sociedade. Inclui-se aqui também, o tratamento midiático, afinal, quando a mídia e o processo penal se unem, invariavelmente direitos e garantias são diminuídas em prol de atender ao clamor popular por vingança, dando uma resposta rápida que não se adequa a lisura do diploma processo penal.

Como norma-regra probatória, o princípio da presunção de inocência assegura que o ônus da prova, relativo à existência do fato e autoria, sejam exclusivos da acusação. Por isso, até que sejam devidamente comprovados a materialidade, tipicidade, culpabilidade e autoria do crime, o acusado não pode ser tratado como culpado.

Destacamos aqui que, sobre a matéria probatória, o devido processo penal deverá cumprir, para além do ônus da prova exclusivo da acusação, com o contraditório, a ampla defesa, as provas lícitas, e o direito do acusado de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si, nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho:

Lembre-se, em primeiro lugar, que a presunção, antes de inverter o ônus da prova, altera-lhe o objeto. Nessa perspectiva, o processo penal orientado pelo princípio da presunção de inocência deve visar à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas do acusado, como muitas vezes sucede; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase do inquérito policial, pois é a imputação – e não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base – que deve ser demonstrada.

Também merece atenção, especialmente diante da proclamação contida na Convenção Americana, agora integrante do nosso ordenamento, a questão da *metodologia* do processo probatório. Viu-se, com efeito, que o referido texto exige, para superação da presunção de inocência, que se comprove *legalmente* a culpa do acusado. E isso, embora não constitua novidade absoluta, reforça a convicção de que somente um processo informado pelo contraditório, pela “igualdade de armas”, pela proibição de

provas ilícitas, etc., pode ser apto a fornecer elementos idôneos para a aferição de culpabilidade. (GOMES FILHO, 1994, p. 31)

Por fim, é com o ônus da prova exclusivo da acusação, que nasce a função do princípio da presunção de inocência como norma-regra juízo, impondo ao julgador o dever de absolver o acusado no caso de existir dúvida razoável sobre a sua culpabilidade, cumprindo assim com o princípio do *in dubio pro reo* inserido no Art. 386, inciso VII do CPP. É por essa razão que o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* são complementares, incidindo o primeiro durante todo o curso do processo e incidindo o último no momento de decisão do julgador quanto sobre o conjunto probatório apresentado pairarem dúvidas.

Deste modo, delineamos como o princípio da presunção de inocência incide no campo prático, bem como definimos as funções que deve desempenhar dentro e fora do processo criminal, sendo possível traçarmos doravante um paralelo com a prisão preventiva e o estudo de caso dessa pesquisa, o HC nº 126.292/SP.

3 A PRISÃO PREVENTIVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

3.1 CONCEITO E DISPOSIÇÕES LEGAIS

No Brasil, existem dois tipos diferentes de prisões, a penal e a processual, também conhecida como cautelar. A primeira é uma prisão do tipo definitiva que ocorre depois da sentença penal condenatória transitada em julgado e a segunda é uma prisão do tipo provisória que ocorre antes da sentença penal condenatória transitada em julgado consoante os requisitos previstos na lei penal.

Atualmente, o CPP dispõe de três tipos de prisões cautelares, cada uma determinada para um caso em específico, são elas, a prisão preventiva, a prisão temporária e a prisão em flagrante delito. A prisão temporária possui um pequeno prazo fixo de duração e se destina somente à fase de inquérito, já a prisão em flagrante ocorre no momento de execução do crime. Para cumprir com o propósito dessa pesquisa, faremos um recorte nas prisões processuais para nos concentrarmos em discorrer somente sobre a prisão preventiva, já que essa é a que ocorre no decorrer de um processo penal e é a mais suscetível para a ocorrência de abusos de poder pelo Estado.

A prisão preventiva encontra-se regulamentada entre os Arts. 311 e 316 do CPP e pode ser conceituada como uma prisão tipicamente cautelar, pois, tem por escopo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional que esteja sob o risco de tornar-se impraticável com a permanência do estado de liberdade do acusado, mas para isso deve-se preencher estritamente os requisitos legais e motivos autorizadores, conforme explanaremos a seguir.

Iniciando pela decretação da prisão preventiva, anteriormente podia ser realizada de ofício pelo juiz, mas com a atualização sofrida no Art. 311 do CPP pela Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como pacote anticrime, ficou condicionada ao prévio requerimento da autoridade policial, do ministério público, do querelante ou do assistente de acusação. Podemos perceber que se trata de uma atualização disposta a preservar a imparcialidade do juiz e reafirmar que ele não pode cumular as funções de investigar e julgar.

O Art. 312 do CPP, por sua vez, traz a exigência que o decreto prisional preventivo apresente cumulativamente os requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, autoriza a decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento de medidas cautelares e instrui que a decisão deve ser pertinente à fatos contemporâneos. Visualizemos seu teor:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º 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).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (BRASIL, 1941)

O *fumus commissi delicti*, significa que, no caso concreto, devem existir provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria. Cumpre advertir que, apesar do texto estabelecer que a existência do crime deve ser concreta enquanto para a autoria são suficientes os indícios, é imprescindível que existam elementos que superem a mera desconfiança, nesse sentido dialoga Aury Lopes Júnior:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notadamente sobre as costas do imputado.

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, de inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. (LOPES JÚNIOR, 2019, n.p).

Já o *periculum libertatis* é consubstanciado pelas hipóteses legais autorizadas de decretação da prisão preventiva, que também podem ser chamadas de fundamentos, são elas: A garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Aury Lopes Júnior, conceitua o *periculum libertatis* como:

Assim, pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (LOPES JÚNIOR, 2019, n.p)

Partindo para exegese desses fundamentos, que não precisam ser cumulativos, o primeiro deles, a garantia da ordem pública, é a análise feita sobre a efervescência que o ato criminoso e suas consequências trazem à sociedade, bem como se existem chances de que o acusado pratique novo ato criminoso. Paulo Rangel conceitua a garantia da ordem pública como:

Por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade. Assim, se o indiciado ou acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais,

haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais. (RANGEL, 2019, Capítulo IX, item 9.3.2, n.p)

Parte da doutrina critica esse fundamento porque seu conceito jurídico é indeterminado, de interpretação ampla e flexível, dependente do juízo de valor do magistrado e detém o potencial de funcionar como execução sumária da pena, já que quando genericamente se aduz que a ordem pública está em perigo porque o acusado está solto parte-se do pressuposto que ele verdadeiramente cometeu o crime e que irá cometer novos. Expõem Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa:

Mas é preciso que se tenha consciência de que a prisão preventiva para garantia da ordem pública nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. Trata-se de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.

[...]

Em suma, a prisão para garantia da ordem pública possui um defeito genético: não é cautelar. Portanto, substancialmente inconstitucional, embora vedete do processo penal brasileiro. (LOPES JR; ROSA, 2015)

O que se verifica, então, é que a preocupação em torno do fundamento por garantia da ordem pública advém do seu conceito extremamente vago e subjetivo que pode ser utilizado em qualquer caso em que se deseje ver o acusado preso preventivamente sob a rasteira alegação de ser em prol da coletividade.

O fundamento da garantia da ordem econômica, de seu turno, partilha da mesma origem da garantia da ordem social, a diferença reside no fato de que a liberdade do acusado pode trazer graves danos à harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de colocar em perigo o funcionamento do sistema financeiro, seja pela reiteração nas condutas de perturbação ao livre exercício de qualquer atividade econômica, abuso do poder econômico para dominação dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Eugênio Pacelli, sobre o tema, faz a seguinte crítica:

Em primeiro lugar, acreditamos que a referência expressa à garantia da ordem econômica seja absolutamente inadequada, não resistindo a qualquer análise mais aprofundada que se faça sobre ela [...].

[...]

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição de condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública.

Mesmo aqui, o sequestro e a indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica). (PACELLI, 2017, capítulo 11, item 11.7.1, n.p)

Noutras palavras, temos que o fundamento da prisão preventiva pela garantia da ordem econômica, por significar uma conduta delituosa de ampla magnitude capaz de abalar significativamente a ordem econômica, se situa mais em um campo abstrato do que num campo prático e cotidiano. E justamente por ser uma conduta delituosa de ampla magnitude é que o cerceamento da liberdade do indivíduo não se mostra eficiente ao propósito de combate preventivo, mas sim no momento de prisão penal, devendo serem utilizadas outras medidas alternativas à prisão mais adequadas para proteger preventivamente a ordem econômica.

O terceiro fundamento utilizado pelo legislador, a conveniência da instrução criminal, por sua vez, visa garantir o regular andamento processual e se presta para aqueles casos em que o acusado pode destruir provas, coagir testemunhas, subornar peritos, entre outros. Excetua-se aqui que não é legítima a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal no caso em que o acusado não quer colaborar, isso porque ele tem o direito de não produzir provas contra si.

Sobre a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, discorre Eugênio Pacelli:

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei. (PACELLI, 2017, capítulo 11, item 11.7.1, n.p)

À vista disso, a utilização da conveniência da instrução criminal como fundamento é o resultado da garantia de existência do devido processo legal no seu aspecto procedimental, sendo necessário que o acusado esteja tumultuando, perturbando ou prejudicando a investigação policial ou instrução criminal.

Sobre o último fundamento, para assegurar a aplicação da lei penal, serve para os casos em que existe iminente risco de fuga do acusado, o que necessita de um mínimo suporte probatório, não bastando uma mera presunção de fuga. Nucci, exemplifica alguns fatos que poderiam preencher esse mínimo suporte probatório:

A garantia de aplicação da lei penal também é limitada. Vincula-se, precipuamente, à potencial fuga do agente, evitando qualquer eficiência punitiva estatal. Não se trata de presunção de fuga, mas de colheita de dados reais, indicativos da possibilidade de saída do âmbito do controle do Estado. Somente o caso concreto pode evidenciar essa potencialidade de desaparecimento do cenário processual. Há indicativos: a) sumir

logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça. Em suma, é preciso a visão fática do intuito do réu de se furtar à aplicação da lei penal. (NUCCI, 2011, p. 66)

Destacamos que, fora essas hipóteses, acrescentou-se a autorização de decretação da prisão preventiva quando o acusado descumpre medida cautelar diversa da prisão anteriormente imposta pelo juízo, desde que a aplicação de outras medidas cautelares diversas da prisão se mostre insuficiente.⁴

Explicados os fundamentos legais autorizadores de decretação da prisão preventiva, esses somente incidirão se satisfeitas as hipóteses de cabimento trazidas pelo Art. 313 do CPP expostas a seguir.

A primeira hipótese de cabimento é a prática de crime doloso cominado com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Essa é uma norma completamente restritiva e impeditiva de prisão preventiva nos casos em que o acusado não tenha periculosidade, como é o caso dos crimes culposos e dolosos com pena inferior a 4 anos.

A segunda hipótese de cabimento é a reincidência na prática de crime doloso quando o acusado já tendo sido anteriormente condenado definitivamente, ainda que o novo crime tenha pena privativa de liberdade máxima inferior a quatro anos. Aqui, suplementando o raciocínio da hipótese acima, a reincidência funciona como uma presunção de periculosidade e é por essa razão que o acusado poderá ser preso preventivamente.

A terceira hipótese de cabimento se refere aos crimes que envolvem violência doméstica e familiar diante da vulnerabilidade inerente desse âmbito, visando garantir tanto a execução das medidas protetivas de urgência, quanto à prisão preventiva em caso de crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima inferior a quatro anos sem a necessidade de que ocorra a reincidência, como na lesão corporal leve.

Por fim, a prisão preventiva também será cabível quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, mas assim que os esclarecimentos forem feitos o preso provisório deve ser imediatamente liberado.

O Art. 314 do CPP, de seu turno, traz que a prisão preventiva não poderá ser decretada nos casos em que incidam as causas excludentes de ilicitude, mesmo que satisfeitos os Arts. 312 e 313, ambos do CPP, são elas: O estado de necessidade, a legítima defesa, o

⁴ Essa determinação encontra-se prevista pelo Art. 282, parágrafo 6º do CPP e as medidas cautelares diversas à prisão estão dispostas nos Arts. 319 e 320 do CPP.

exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal. As excludentes de culpabilidade, por analogia, também não permitem a decretação da prisão preventiva, mas não é o caso do inimputável que pode ser preso preventivamente em razão de sua periculosidade.

Lembremos que toda decisão judicial precisa de fundamentação, em respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no Art. 93, inciso IX da CF/88, tal dever também é insculpido no Art. 315 do CPP. Isso quer dizer que a fundamentação e motivação da decisão que decreta a prisão preventiva implica em um trabalho de verificação em que o magistrado deve ter o cuidado de não realizar a simples repetição dos dispositivos legais pertinentes, bem como não deve sopesar sua decisão na gravidade abstrata do delito, mas sim fazer constar na decisão a subsunção de fatos motivadores contemporâneos às normas que determinam e autorizam decretação da prisão preventiva. Nucci sintetiza:

A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há “prova da materialidade”, “indício suficiente de ser o réu o autor” e para “garantir a ordem pública”, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair qual conclusão. (NUCCI, 2016, capítulo XVI, item 8.3.3, n.p)

Nestor Távora e Rosmar Antonni, em complemento, ressaltam a ilegalidade da decisão quando não é motivada e nem fundamentada:

Deve o juiz, ao decretar a prisão, obrigatoriamente fundamentar a medida, informando quais os motivos que o convenceram da necessidade do cárcere. Ainda que venha a ratificar a prisão previamente existente, deverá fundamentar o porquê da sua manutenção. A fundamentação é da essência do ato, e sua ausência ou deficiência, em evidente ilegalidade, enseja relaxamento. (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 495-496)

Portanto, o objetivo de impor ao magistrado o dever de motivar e fundamentar o decreto prisional de prisão preventiva, além de impedir arbitrariedades, é garantir que essa se dará em caráter excepcional, em *ultima ratio*, quando medidas cautelares diversas ao cárcere não forem suficientes, já que essa é uma medida que restringe a liberdade do indivíduo antes da sentença condenatória definitiva. Ainda, a correta fundamentação e motivação possibilitam o contraditório e a ampla defesa, facultando ao acusado impugnar à decisão que lhe trouxe prejuízo por conhecer os motivos que ensejaram o convencimento do juiz.

O Art. 316 do CPP é o último artigo que disciplina a prisão preventiva e orienta que o juiz a revogue se não subsistirem as razões que a ensejaram, assim como também lhe autoriza a decretá-la novamente se sobrevierem razões que a justifiquem. Do seu parágrafo único sobrevém a determinação de que o órgão prolator da decisão revise a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada noventa dias, sob pena de torná-la ilegal.

Vale mencionar que, na prática, em inúmeras ocasiões, a defesa do acusado peticionava no processo pedindo que a prisão fosse relaxada imediatamente por ter se tornado ilegal com o transcurso dos noventa dias, contudo, o STF, recentemente, no julgamento das ADIs 6.581 e 6.582, fixou o entendimento de que o supracitado artigo não alude a um prazo máximo para a prisão preventiva, mas simplesmente um dever do magistrado revisitar sua decisão e verificar a legalidade e atualidade dos fundamentos que ensejaram o decreto de prisão preventiva, motivo pelo qual, a inobservância do prazo de noventa dias não acarretaria a revogação automática.

Em que pese a decisão do STF, ainda que o regramento da prisão preventiva não estabeleça um prazo máximo, tal instituto não se presta a deixar ninguém preso indefinidamente, só devendo ser aplicado em situações extraordinárias, no escopo de, única e exclusivamente, resguardar o processo para que venha a ter um resultado útil ao final.

Nestas palavras, definimos o conceito de prisão preventiva e fizemos a exegese de cada um dos artigos que lhe dizem respeito, pretendendo demonstrar que a prisão preventiva deve ser utilizada sob regime de exceção e que sua incidência requer redobrada atenção, dado que desde a fundamentação até a revogação existem determinações específicas de lei que devem ser cumpridas, sob pena de desvirtuar o caráter do instituto de garantir um provimento jurisdicional eficaz.

3.2 DA RELAÇÃO COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Com rigor, muito se discutiu a respeito da legalidade das prisões preventivas, no sentido de que suas aplicações feriam o princípio da presunção de inocência porque o indivíduo estaria preso antes de uma sentença penal condenatória definitiva.

Não obstante, hodiernamente é de entendimento pacífico que, se corretamente aplicada, não se trata de uma antecipação do cumprimento da pena, mas sim tenciona que ao final do processo a aplicação da lei penal dar-se-á de maneira correta, livre da criação de qualquer mácula, assim como confirma esse trecho de autoria de Claus Roxin:

entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. [...]. (ROXIN, 2000, p. 258 apud MARCÃO, 2016, capítulo III, n.p).

O posicionamento de Roxin reflete o entendimento pacificado de que a prisão preventiva, para além de ser consagrada em nosso sistema de leis penais, é necessária para que

ao final do processo penal esteja garantido o *jus puniendi* e o *jus punitivis* do Estado, podendo os cidadãos verem os transgressores serem julgados com o rigor da lei.

Nesse diapasão, o princípio da presunção de inocência tem que atuar como um verdadeiro limitador das medidas de coerção estatal contra o acusado, de sorte que a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente somente se justifica quando indiscutível a necessidade de preservação da efetividade do processo. Sob esse viés, enfatiza Miguel Tedesco Wedy:

E aí que está o ponto nevrálgico da questão, pois só se pode admitir a prisão e a violação da garantia constitucional da presunção de inocência em caso extremo, que caracterize sem sombra de dúvida uma situação efetivamente cautelanda, na qual a medida cautelar seja de fato o instrumento do chamado processo. (TEDESCO, 2013, p. 63 apud DUTRA, 2014)

O problema reside no fato de que a prisão preventiva, que deveria ser aplicada à excepcionalidade com respeito aos limites legais e à proporcionalidade, na realidade, vem sendo banalizada com seu uso infundado e desvirtuado da finalidade originária, principalmente para atender ao clamor popular, o que fere de morte o princípio da presunção de inocência.

Quem desempenha um importante papel na banalização do instituto da prisão preventiva pelo clamor popular é a mídia com foco nos temas de criminalidade, pois, na maioria dos casos, informa e opina em casos sem nenhum prévio conhecimento doutrinário ou formação técnica em Direito Penal, Processual Penal, Direitos Humanos ou Direito Constitucional. Assim, através de matérias sensacionalistas, a mídia incita o clamor popular contra os direitos dos acusados e condenados, proclama o sistema penal como ineficaz e pressiona o Judiciário a tomar medidas que se mostrem mais eficiente aos olhos da população.

Como forma de exemplificar esse clamor popular provocado pela mídia, basta perceber o sucesso que fazem os programas de televisão que veiculam abordagens policiais, realizam a reconstituição de crimes ou possuem apresentadores pregando a retirada de direitos de acusados e condenados. Aqui podemos citar os findados programas Na rota do Crime e Linha Direta e os contemporâneos programas Alerta Nacional, Bronca 24h e Aeroporto: Área Restrita.

Então, o que aparenta ter ocorrido com o instituto da prisão preventiva é a sua utilização de maneira diversa a que pretendeu o legislador, ou seja, ao invés de se aplicar medidas alternativas ao cárcere se decreta a prisão preventiva como meio de antecipação do cumprimento de pena, visando aplacar as inúmeras críticas de impunidade irrogadas ao sistema penal.

As palavras de Rogério Greco sobre o papel da mídia e seu reflexo na sociedade refletem o narrado acima:

A mídia pode, hoje, ser considerada um quarto Poder, posicionando-se ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Presidentes são eleitos ou mesmo afastados por conta da mídia. Criminosos são condenados ou mesmo absolvidos, dependendo do que venha a ser divulgado e defendido pelos meios de comunicação de massa. Enfim, não se pode negar esse poder.

Os meios de comunicação de massa, sempre em busca de percentuais de audiência, perceberam o "filão" do Direito Penal, ou seja, passaram a reconhecer o fato de que notícias ligadas ao crime, ao criminoso e à vítima caíam no gosto popular. As pessoas possuem uma atração mórbida por notícias dessa espécie. Muitas vezes, ficamos horas a fio em frente a um aparelho de televisão assistindo a mesma cena se repetir incontáveis vezes. Por se tratar de uma "cena de crime", atrai a atenção, e as pessoas ficam ali, presas, em busca de notícias sobre o fato criminoso.

[...]

Os direitos dos presos passaram a ser tratados com repúdio. A expressão *direitos humanos* começou a ser entendida de forma equivocada; a mídia se encarregou de perverter o seu real significado. Assim, quando a população em geral ouve dizer que os *direitos humanos devem ser preservados*, automaticamente faz ligação entre direitos humanos e direitos dos presos e, conseqüentemente, passam a questionar a sua necessidade. (GRECO, 2015, p.72-73)

Segundo a edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2021, dos 820.689 mil presos, 233.827 mil eram presos provisórios, ou seja, existiam 28,5% do total estavam encarcerados sem que tivesse existido uma decisão definitiva que o declarasse culpado. No nosso estado, dos 12.612 mil presos, 3.237 mil eram presos provisórios, alcançando um percentual de 25.7% do total.

Dos dados apresentados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022) também é possível verificar que das 27 unidades federativas existentes no território nacional, somente 3 delas apresentaram índices de presos provisórios menores que 20% do total de presos, o que revela que esse encarceramento provisório massivo é uma tendência nacional.

Então, ainda que o Judiciário esteja desmoralizado pela mídia, a medida combativa não é decretar a prisão preventiva de forma genérica e habitual, ao arrepio do que determina a lei. Não se pode, para atender a uma sociedade faminta por vingança, punir o acusado e retirar sua liberdade sem que ao menos tenha recebido uma sentença definitiva condenatória ou existam legítimas razões jurídicas que ensejem a decreto prisional preventivo.

É de bom-tom também contornar o tema com a consciência do curso desgastante que por si só é o próprio processo penal para o acusado, ainda mais quando se trata de cumprir a prisão preventiva que não tem duração máxima estipulada, os danos oriundos são permanentes à honra e imagem do indivíduo que, mesmo sendo absolvido ao final, carregará o estigma de "ex-presidiário" e será colocado à margem da sociedade. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

A decretação de uma prisão cautelar é a interferência mais agressiva do Estado na vida e na dignidade do indivíduo, pois, além da segregação em si, o cárcere produz intensa estigmatização social e psicológica. Não se pode, pois, banalizar a prisão preventiva, já que seus efeitos criminógenos, mais que ressocializar o agente, causam profunda desagregação dos valores da pessoa, inserindo-a em um contexto capaz de afetar de maneira definitiva qualquer processo de socialização. [...]. (LIMA, 2020, p. 491)

Precisa-se considerar também que as condições as quais estão submetidos os presos no Brasil, com maior gravidade para os presos provisórios que ainda são presumidamente inocentes, descumprem outros institutos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a vedação a penas cruéis, a distinção de estabelecimento de acordo com os fatores do crime e a preservação da integridade física e moral.

É refletindo sobre esse panorama que o magistrado deverá sempre buscar compatibilizar a prisão preventiva com o princípio da presunção de inocência, sendo indispensável a apreciação das medidas alternativas à prisão e adequação aos parâmetros legais e princípios expressos em nosso ordenamento jurídico.

Diante do acima exposto, pode-se compreender que a prisão preventiva, mesmo cerceando a liberdade do indivíduo antes de qualquer condenação em caráter definitivo, não fere o princípio da presunção da inocência por sua excepcionalidade e necessidade dentro do processo penal para resguardá-lo. Porém, se a prisão preventiva for manejada de maneira diversa à sua finalidade, o que ocorre principalmente nos casos de atendimento ao clamor popular, será ilegal por estar servindo como cumprimento antecipado da pena e violará, portanto, o princípio da presunção de inocência.

4 A DECISÃO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP

4.1 PRECEDENTE: HABEAS CORPUS Nº 84.078/MG

Para que a análise da argumentação em torno do HC nº 126.292/SP não reste prejudicada no final, é importante que saibamos quais eram os precedentes jurídicos existentes quando se tratava da relação entre o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena.

Sumariamente, relembremos que o HC é uma garantia insculpida no Art. 5º, inciso XLVIII da CF/88, destinada a proteger a liberdade do indivíduo contra as ilegalidades ou abusos de poderes estatais e que o Supremo Tribunal Federal é a última instância de poder jurídico brasileiro, exercendo sumariamente a função de guardião da Constituição Federal, por isso, cabe a ele a última palavra no que se refere a interpretação e aplicação das normas. Posto isso, o HC nº 84.078/MG e o HC nº 126.292/SP, os quais discorreremos adiante, foram selecionados porque por mais que as decisões que lhes sucedem tenha sido proferidas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade — *sem efeito erga omnes* —, órgãos jurisdicionais de todos os Estados da Federação passaram a adotar o mesmo entendimento.

Desde a promulgação da CF/88 até o início do ano de 2009 não existia vedação expressa quanto à decretação da execução provisória da pena depois de decisão condenatória proferida por segundo grau de jurisdição, isso quer dizer que, a depender da decisão do julgador, o indivíduo poderia ser compelido a dar cumprimento à pena antes do trânsito em julgado da decisão final. Não obstante, em fevereiro do ano referido, o STF, através do HC nº 84.078/MG, foi provocado a analisar o tema.

Omar Coelho Vitor, paciente do HC nº 84.078/MG, foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, por tentativa de homicídio duplamente qualificado. A defesa interpôs recurso especial ao STJ, mas antes disso o MP tinha requerido a prisão preventiva ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para garantir a aplicação da lei penal após verificar a existência de indícios que apontavam o acusado liquidando seu patrimônio para fugir.

Como o pedido do MP foi deferido, a defesa interpôs HC perante o STF, alegando que o paciente não poderia ser preso ainda porque a decisão definitiva condenatória não tinha transitado em julgado, restando que ainda fosse julgado o Recurso Especial perante o STJ. O HC nº 84.078/MG, portanto, se refere ao pedido feito em favor do paciente Omar Coelho Vitor

para aguardar até a decisão final em liberdade com base na inconstitucionalidade da execução antecipada da pena frente ao princípio da presunção de inocência.

Desnecessário, naturalmente, uma incursão aprofundada sobre as argumentações feitas pelos ministros durante a votação porquanto trazemos o HC nº 84.078/MG apenas como um precedente do HC nº 126.292/SP. Basta ao intuito aqui proposto, repisar que, após longas discussões, a decisão da corte, com a relatoria do Min. Eros Grau e por sete votos a quatro, foi a de declarar inconstitucional a execução antecipada da pena.

Os ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, votaram contra a possibilidade de execução provisória da pena, vencendo os votos a favor dos ministros Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Eis a Ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada

importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF, 2009, p. 1-2)

Assim, a partir do deferimento da ordem de HC nº 84.078/MG, o STF reconheceu que não se tratando de prisão cautelar, mas sim de execução antecipada da pena, não era possível a prisão decorrente de condenação em segundo grau e tinha o acusado o direito do acusado de aguardar em liberdade até que seu último recurso fosse julgado. Essa decisão do STF pacificou uma questão que até aquele momento era indefinida, atribuindo uma interpretação literal ao princípio da presunção de inocência ao reconhecer que o seu termo final é o transitado em julgado da decisão condenatória e consagrando a inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

Tal entendimento com viés garantista vigorou durante sete anos, quando, em 2016, mais uma vez o STF é provocado a se pronunciar sobre o mesmo tema, dessa vez no HC nº 126.296/SP, objeto desse trabalho que passaremos a analisar adiante.

4.2 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA CONSAGRADA NA DECISÃO DO HC Nº 126.292 SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Dentro do ambiente que parecia de entendimento pacificado sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, trazido pela decisão do STF no HC nº 84.078/MG, surge no STF o HC nº 126.292/SP que será o ponto de partida da mudança de entendimento do STF sobre a legalidade da prisão após a decisão em segunda instância, mesmo que existam recursos em instâncias superiores pendentes de julgamento.

Trata-se o caso do acusado Márcio Rodrigues Dantas, condenado em primeira instância à pena privativa de liberdade, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. O magistrado permitiu que o acusado pudesse recorrer em liberdade.

Em sede de apelação somente a defesa recorreu, mas o acórdão além de confirmar a sentença, expediu mandado de prisão contra o acusado. A defesa, irresignada com a decisão, impetrou HC nº 313.021/SP perante o STJ, argumentando que a decisão estava em desacordo com o entendimento consolidado pelo STF porque a prisão preventiva tinha sido decretada sem a ocorrência de qualquer fato novo que a justificasse e que não era permitida a execução provisória da pena, contudo, o pleito não prosperou e o Min. Presidente Francisco Falcão denegou a liminar.

Em resposta, a defesa impetrou o HC nº 126.292/SP perante o STF, que ficou sob a relatoria do Min. Teori Zavascki. Em um primeiro momento, o relator deferiu o pedido liminar suspendendo a prisão preventiva outrora decretada, mas *a posteriori* o pedido foi levado à Plenário, onde os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Teori Zavascki venceram os votos dos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, negando provimento ao HC e entendendo que a execução provisória da pena é possível e não viola o princípio da presunção de inocência, quando proveniente de decisão condenatória confirmada em tribunal de segunda instância. Com isso, a execução provisória da pena, que antes era apenas uma orientação implícita e que depois passou a ser expressamente vedada pelo HC nº 84.078/MG, agora passa a ser um precedente autorizado pelo STF.

Faremos abaixo um compilado com as partes mais importantes dos votos dos ministros Teori Zavascki, Eduardo Fachin e Luís Roberto Barroso, já que esses são os votos que sintetizam as teses que culminaram com a mudança de entendimento do STF, e, concomitantemente, faremos a análise crítica sobre eles para demonstrar a inconsistência das argumentações.

Sucintamente, os ministros tecem suas argumentações partindo do ponto em comum de que como depois do tribunal de segunda instância somente é possível interpor os recursos de natureza extraordinária⁵ e, não sendo eles dotados de efeito suspensivo, a interposição de qualquer deles não gera impeditivo para que se executasse provisoriamente a pena, tampouco viola o princípio da presunção de inocência. Nessa hipótese, o raciocínio efetuado é que o regramento dos recursos de natureza extraordinária insculpido no Art. 995 do CPC/15⁶ revoga tacitamente o Art. 283⁷ do CPP pela incompatibilidade entre as normas.

⁵ A expressão “recursos de natureza extraordinária” utilizada nessa pesquisa se refere ao recurso especial e ao recurso extraordinário, recursos cujo julgamento exclusivo compete, respectivamente, ao STJ e ao STF.

⁶ O Art. 995 do CPC/15 instrui que a interposição de recurso não impede que a decisão seja eficaz, exceto se existir disposição legal ou decisão judicial contrária (BRASIL, 2015).

⁷ Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

De fato, o CPP originalmente não atribuía efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária em razão do seu Art. 637 dispor 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.” (BRASIL, 1941). Acontece que o CPP foi inspirado na legislação processual italiana de 1930, época em que a Itália estava sob regime fascista, nesse sentido explica Pacelli:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de

Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua *Exposição de Motivos*. (PACELLI, 2017, capítulo 1, item 1.1, n.p)

A contradição observada é que o CPP já havia passado pela alteração da Lei nº 12.403/2011 à época desse julgamento, a qual alterou a redação anterior do Art. 283 já o fazendo ser incisivo que a prisão de um indivíduo somente poderia decorrer em situação de flagrante, em sede de cautelar ou após o trânsito em julgado da condenação. Era a redação do Art. 283 do CPP à época dos fatos com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011:

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. (BRASIL, 2011, Art. 283)

Logo, é inexplicável que os Ministros não tenham se deleitado em discutir o teor do Art. 283⁸ do CPP para concluir a indiscutível possibilidade em atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Outra contradição ainda pode ser identificada no tocante à argumentação retro exposta, qual seja, a de que cabe a revogação tácita do Art. 283⁹ do CPP perante ao Art. 995 do CPC/15. Isso porque o diploma processual civil somente se aplica ao diploma processual penal de maneira subsidiária e supletiva e inexistente lacuna a ser completada já que o Art. 283¹⁰ do CPP pressupõe o trânsito em julgado para a execução de pena.

A propósito, o Min. Barroso foi o único a fazer referência ao Art. 283¹¹ do CPP. É afirmado que, pelo fato da presunção de inocência ser um princípio, ela pode ser ponderada por outras normas de igual estatura constitucional, exemplificando o Min. que tal princípio foi

⁸ Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

⁹ Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

¹⁰ Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

¹¹ Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

restringido quando autorizaram outras formas de prisão antes do trânsito em julgado, como a prisão cautelar. Seria possível então restringir o princípio da presunção de inocência a partir da ponderação com a efetividade da lei penal, que tem igual estatura constitucional, para se autorizar a execução provisória da pena depois de decisão de segunda instância.

Essa afirmação é completamente contraditória por seus próprios fundamentos, porque os casos em que o Art. 283 do CPP permitia¹² e atualmente¹³ permite a prisão sem o trânsito em julgado da decisão encontram-se autorizados e disciplinados em outras disposições de lei, o que não ocorre para a prisão decorrente de decisão sem o trânsito em julgado que sempre aparece expressamente como vedada.

Os ministros ainda partilharam da convicção de que as instâncias ordinárias esgotam o exame de fatos e provas, concernindo às instâncias extraordinárias apenas a análise da matéria de direito, sem guardar relação com o duplo grau de jurisdição porquanto os recursos analisados não são dotados de ampla devolutividade. Nessa ocasião, eles acreditam ser possível relativizar ou mesmo inverter o princípio da presunção de inocência para iniciar-se o cumprimento da pena depois da decisão de segunda instância se a declaração permanece como incriminatória, até porque as instâncias ordinárias são compostas por magistrados experientes capazes de respeitar garantias, analisar provas e sanar injustiças. Ademais, nomeadamente o Min. Zavascki e o Min. Fachin destacam que, na prática, são inexpressivos os casos em que o acusado consegue mudar a sua situação perante um Tribunal Superior e que o STF e o STJ são órgãos de julgamento excepcionais, não devendo ter a função de revisar as decisões das instâncias inferiores.

Mais uma vez é incontestável o insucesso em encontrar razões legais que fundamentem a vontade dos ministros em querer mitigar o teor do princípio da presunção de inocência. O texto de lei é translúcido em determinar que execução da pena é posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória, sem fazer ressalvas sobre recursos ordinários ou extraordinários. Por isso, mesmo que a segunda instância personifique o duplo grau de jurisdição, ainda existem a possibilidade de recorrer nos Tribunais Superiores, de tal modo que a decisão de condenação proferida pelas instâncias ordinárias não tem o poder de cercear a liberdade do indivíduo quando ausentes os pressupostos da prisão preventiva ou da coisa julgada, exigindo o princípio da presunção de inocência que o acusado receba o tratamento de inocente não importando se a probabilidade de ser condenado é alta ou baixa.

¹² Com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

¹³ Com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019.

Quanto à eventuais erros que as instâncias ordinárias possam incorrer ao decretar a execução provisória da pena, os Ministros não sopesam que caso se comprove que o acusado é inocente, esse teria sido submetido às condições indignas de nossos presídios e maculado sua honra e imagem pela mera especulação de que era culpado. Ao invés disso, acreditam que podem ser utilizados mecanismos de controle através de medidas cautelares de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária, como a suspensão da execução provisória da pena e o habeas corpus.

Os ministros também comparam o Brasil com outras nações e exibem que em nenhum deles a decisão sobre a culpabilidade depende de três ou quatro graus de jurisdição, bem como que não se proíbe a execução da pena até que a Corte Superior a referende. No mesmo intuito, nomeadamente o Min. Zavascki, cita a Lei Complementar nº 135/2010, mais conhecida como a Lei da Ficha Limpa, para que, ao declarar que nela ocorre a inelegibilidade de candidatos que contra eles existam sentença condenatória por crimes nela relacionados proferidas por órgão colegiado, saliente que nesse caso não se impede a implementação dos efeitos antes do trânsito em julgado.

A comparação do nosso sistema jurídico com o de outras nações é exacerbadamente leviana porque em cada nação a organização do sistema jurídico, a função das Cortes e a aplicação do Direito é diversa, em razão de serem elementos que variam em torno da cultura, da época e do lugar. Do mesmo modo ocorre com a comparação da Lei de Ficha Limpa que são institutos diferentes, tutelando bens jurídicos diversos, com efeitos jurídicos distintos, não podendo a constitucionalidade de uma servir de base para declarar a constitucionalidade de outra.

Já sobre o Min. Barroso, merece destaque o trecho em que ele alude que esse é o caso de uma mutação constitucional, pois, houve a alteração do sentido da norma sem que se alterasse o texto legal, decorrente da modificação da realidade fática ou de uma nova percepção sobre o Direito. Corroborar sua tese, afirmando que o entendimento do HC nº 84.078/MG incentivou recursos protelatórios e favoreceu pessoas com mais vantagens econômicas, promovendo a impunidade e descrédito perante a população da justiça criminal, sendo por essa razão que a leitura do princípio da presunção de inocência de forma conservadora tal qual ocorreu no HC nº 84.078/MG não é mais coerente com o cenário atual. Em suas palavras:

A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no

sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com *status* constitucional. (STF, 2016, p. 8-9).

Deveras, a ocorrência mutação constitucional decorre da modificação de sentido, significado ou alcance de um dispositivo, sem que se façam alterações no texto da lei, sem embargo a modificação ocorrida não pode ser contrária ao que determina o texto legal e deve suportar a possibilidade de interpretações. Assim é o entendimento de Lenza:

As mutações, por seu turno, não seriam alterações “físicas”, “palpáveis”, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado. (LENZA, 2021, item 3.1., n.p)

Por isso é que a hipótese da mutação constitucional não ocorre no caso em tela, o texto legal do princípio da presunção de inocência é exato e o sentido que lhe querem atribuir é completamente diverso ao estipulado, não sendo excessivo lembrar que por ser uma cláusula pétrea não pode ter seu teor de sua disposição minorada.

A mutação constitucional aduzida parece, na verdade, estar disfarçando um ativismo judicial com vistas a modificar o alcance e sentido das normas para dar mais autonomia ao Judiciário, o que certamente prejudica as esferas de competência do Legislativo e o Executivo, maculando a tripartição dos poderes e usurpando a soberania popular.

Deve ser feita, ainda, a ressalva sobre a tese de Barroso de que o pressuposto da prisão preventiva não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas sim a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, conforme:

Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).

Para fins de privação de liberdade, portanto, exige-se determinação escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária. Este requisito, por sua vez, está intimamente relacionado ao monopólio da jurisdição, buscando afastar a possibilidade de prisão administrativa (salvo as disciplinares militares). Tal regra constitucional autoriza (i) as prisões processuais típicas, preventiva e temporária, bem como outras prisões, como (ii) a prisão para fins de extradição (decretada pelo STF), (iii) a prisão para fins de expulsão (decretada por juiz de primeiro grau, federal ou estadual com

competência para execução penal) e (iv) a prisão para fins de deportação (decretada por juiz federal de primeiro grau). (STF, 2016, p. 10)

Apesar do jogo de palavras acima feito por Barroso entre o inciso LVII e LXI, ambos do Art. 5º da CF/88, a construção perde força no continuar do raciocínio porque, mais uma vez, os exemplos que utiliza para fundamentar sua exposição partem de casos em que existe expressa autorização legal. Barroso deveria buscar trazer exemplos em que se realiza a prisão mesmo com expressa vedação legal, mas assim ele não procede porque, de fato, não acontece na realidade. A decisão que decreta a prisão preventiva precisa ser fundamentada e a decisão fundamentada na condenação em segunda instância, tal qual pretende Barroso, não estará em consonância com o princípio da legalidade ante a ausência de previsão legal. Logo, essa ideia padece de complementação no sentido de explicitar como que uma decisão pode ser apta a expedir mandado de prisão, se sobre sua fundamentação inexistente previsão legal.

Os ministros, por vezes, respaldaram seus votos invadindo o espaço de discricionariedade do Poder Legislativo. A primeira ocasião possível de constatação é quando almejam ponderar a aplicação do princípio da presunção de inocência com as demais normas, contudo, esse poder pertence ao Legislativo que, inclusive, já fez essa ponderação quando determinou a proibição da prisão decorrente de condenação sem o trânsito em julgado, não podendo Judiciário apropriar-se dessa função para inovar. A segunda ocasião, é quando realizam uma análise demonstrando a conveniência em se alterar o sistema punitivo estatal, mesmo quando a incumbência de aferir a adequação da regulação estatal com o sistema punitivo estatal é do Legislativo. E a última, quando criam uma nova hipótese de prisão, violando expressamente o mandamento proibitivo do legislador originário.

Também fez parte do discurso dos ministros alertarem que assegurar o princípio da presunção de inocência para impedir a executividade de condenação não definitiva tem permitido a interposição leviana de recursos meramente protelatórios, levando, não raramente, a prescrição punitiva. O Min. Zavascki cita como exemplo o já mencionado HC nº 84.078/MG, de Omar Coelho Vitor, que findou por beneficiar o acusado com a prescrição da pretensão punitiva em razão dos sucessivos recursos interpostos.

Entrementes, a incapacidade dos tribunais superiores de julgar em tempo razoável os recursos de natureza extraordinária para obstar a prescrição da pretensão punitiva não pode ser a motivação para violar o direito fundamental da presunção de inocência, porque, no modelo democrático no qual estamos inseridos, a absolvição de culpados deve ser tolerada e é um custo ao risco de condenar inocentes. Sobre a tão buscada eficiência da lei e da aplicação penal, já

asseverava Alexandre Morais da Rosa em 2013 que essa se dava ao custo das garantias do Estado Democrático de Direito:

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho há muito denuncia a maneira pela qual o discurso da **eficiência**, inclusive Princípio Constitucional (CR, art. 37), para os incautos de plantão, embrenhou-se pelo processo penal em busca da sumarização dos procedimentos, da redução do direito de defesa, dos recursos, enfim, ao preço da democracia. A razão eficiente que busca a condenação “fast-food” implicou nos últimos anos na “**McDonaldização**” do Direito Processual Penal: sentenças que são prolatadas no estilo “peça pelo número”. A “standartização” da acusação, da instrução e da decisão. Tudo em nome de uma “McPena-Feliz”. Nada mais cínico e fácil de ser acolhido pelos atores jurídicos, de regra, “**analfabetos funcionais**”. (ROSA, 2013, introdução, n.p)

Noutras palavras, para os ministros, a proibição da execução antecipada da pena combinada com o excesso de recursos disponíveis em nosso ordenamento, a política judiciária e a descrença ao sistema punitivo, são as causas que fomentam a sensação de impunidade. Apesar de não questionarmos se há ou não a fomentação da sensação de impunidade, o que é injustificável é que a resposta dada pelo Estado para garantir a efetividade e aplicação da lei penal seja a de minorar a incidência de um princípio fundamental. O professor Fernando Facury Scaff, atesta em seu artigo:

E aqui surge o primeiro dever fundamental dos guardiões da Constituição: dizer *não*. Dizer *não* ao presidente da República, aos deputados e senadores; dizer *não* aos ministros e autoridades em geral; dizer *não* às pessoas simples do povo e também aos endinheirados e detentores do poder; dizer *não* à pressão da mídia. Dizer *não* em todos os sentidos que divirjam daqueles estabelecidos pela Constituição. Afinal, são seus guardiões. Quando um órgão, alguém ou um grupo de pessoas fizer alguma coisa em desacordo com a Constituição, *o primeiro dever fundamental* dos seus guardiões é dizer *não*; dizer que isso *não* pode ser feito dessa forma, e então seja desfeito o ato ou anulada a norma. Eis o primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Constituição: dizer *não*. (SCAFF, 2016)

Ao contrário do que decidiu o STF nesse HC, entendemos que se os recursos de natureza extraordinária são uma etapa do processo penal, não existe a possibilidade de decretação de execução provisória da pena, mas tão somente a prisão em virtude de prisão preventiva ou do trânsito em julgado da decisão condenatória. Para que fosse autorizada a prisão após a condenação em segunda instância, seria necessária uma reforma no sistema normativo apto a considerar o acesso às instâncias superiores como ações autônomas.

Ressalta-se que, ainda no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 propostas, respectivamente, pelo Partido Nacional Ecológico e pelo Conselho Federal da OAB. Essas ADC's pleiteavam que o STF reconhecesse a constitucionalidade do Art. 283 do CPP e revogasse o entendimento do HC nº 126.292/SP, mas, pela maioria de seis votos à cinco, o entendimento outrora firmado foi mantido, inclusive, com os mesmos argumentos aqui exarados.

Ademais, interessante comentar a falta de coerência hermenêutica da jurisprudência, que, mesmo após esse julgado que autoriza a execução provisória das penas privativas de liberdade, ainda se mantém vedada a execução provisória das penas restritivas de direitos, mesmo essa sendo menos gravosa. Veja-se a ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS NÃO FOI OBJETO DE ANÁLISE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCs 43 e 44. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. II – O entendimento até então esposado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da execução antecipada da pena deu-se pela análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 2020, p.1)

Face às considerações trilhadas, por qualquer perspectiva que se analise, é imperioso concluir que a decisão no HC nº 126.292/SP mitigou o postulado constitucional do princípio da presunção de inocência ao admitir a execução provisória da pena depois de decisão condenatória em segunda instância, ameaçando uma das bases mais importantes do Estado Democrático de Direito, sendo esse um resultado de mera deliberalidade do STF sem base na normatividade em vigor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito em que estamos inseridos, preconizado pela Constituinte ao afirmar que todo o poder emana do povo, além de assegurar garantias e direitos fundamentais, os protege a título de cláusula pétrea, sendo esse o caso do princípio da presunção de inocência.

Dada a magnitude que é devida ao princípio da presunção de inocência pela Constituição, sobretudo no campo processual penal em que ele é responsável por determinar o momento em que o indivíduo é considerado culpado e pode iniciar o cumprimento da pena, pretendeu-se analisar se houve a sua mitigação na decisão oriunda do HC nº 126.292/SP. Assim sendo, a temática escolhida nessa pesquisa é relevante porque a interpretação do princípio em comento não pode ser realizada fora dos ditames estabelecidos pela lei, sob o risco de que a sua interpretação e aplicação pereça nas mãos daqueles que detém o poder decisório sem que o acusado detenha da paridade de armas para enfrentar o processo penal.

Primeiramente, foram delineadas considerações sobre o princípio da presunção de inocência que, em suma, concluíram que esse princípio é inerente ao Estado Democrático de Direito e que a nossa Constituinte foi específica em firmar um marco temporal para atestar a culpabilidade e aplicar as respectivas consequências, qual seja, quando o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Num segundo momento, foi estabelecido o diálogo com a prisão preventiva e analisada a sua relação com o princípio da presunção de inocência, por meio do qual se demonstrou que a sua decretação deve obedecer aos requisitos específicos em lei e incidir somente em situações excepcionais, razão pela qual, não poderia servir como meio para autorizar o cumprimento antecipado da pena após da decisão condenatória em segunda instância.

No terceiro e último momento, foi realizado o estudo de caso do HC nº 126.292/SP, apresentando que o enfrentamento entre o princípio da presunção de inocência e a celeridade judicial, sob a alegação de mutação constitucional, resultou na declaração da constitucionalidade do cumprimento antecipado da pena após da decisão condenatória em segunda instância.

Convém lembrar, que fora apresentado que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal esteve em desacordo com a sua função constitucional de guardião da Constituição, não podendo a minoração de um direito fundamental subsidiar o desejo em demonstrar à sociedade uma efetiva prestação jurisdicional. Como estamos vivenciando

períodos de crescente amadurecimento da democracia brasileira, a tendência é que cada vez mais o Supremo Tribunal Federal seja provocado a decidir sobre temas pertinentes à direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual, é fundamental que esse órgão seja coerente, de modo a promover segurança jurídica em suas decisões e fundamentar suas mudanças de entendimento em razões de fato e de direito.

Assim sendo, mostrou-se inegável admitir que a hipótese da mitigação do princípio da presunção de inocência a partir da autorização dada à execução provisória da pena se confirmou, isso porque, o trânsito em julgado que é aludido pelo princípio como premissa a ser observada para a verificação da culpabilidade foi preterido a uma interpretação menos garantista e mais restritiva ao princípio da presunção de inocência, mesmo inexistindo fundamentos jurídicos na Constituinte que pudessem embasar essa decisão.

Diante todo o exposto, consideramos que essa pesquisa alcançou seu objetivo, na medida em que, com as bases teóricas necessárias à compreensão do tema, puderam ser tecidas as críticas ao HC nº 126.292/SP e demonstrado que a mitigação do princípio da presunção da inocência foi verificada na realidade ante a inconsistência dos fundamentos utilizados para a autorização da execução antecipada da pena.

REFERÊNCIAS

A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950. A convenção europeia dos direitos do homem: um instrumento vivo. Conselho da Europa, p. 11, set. 2022. Disponível em: https://echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_POR.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum brasileiro de segurança pública, 2022-. ISSN 1983-7364. Ano 16. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDINO, Géssica. **O assassinato de Sandra Gomide por Pimenta Neves**. Compromisso e Atitude, Brasil, mai. 2014. Disponível em: <https://www.compromissoeatitude.org.br/o-assassinato-de-sandra-gomide-por-pimenta-neves/>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1. Acesso em: 05 nov. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 313.021 São Paulo**. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Gurgel De Faria, Presidente: Min. Francisco Falcão. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 22 dez. 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=43422493&num_registro=201403439093&data=20150202. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **AG.REG. no recurso extraordinário 1.195.505 Tocantins**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Renato Julio Agostini. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 22 set. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754526939>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 44 Distrito Federal**. Requerente: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 07 nov. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.581 Distrito Federal**. Requerente: Diretório Nacional Do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 09 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350944239&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 6.582 Distrito Federal**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Relator: Edson Fachin. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 09 mar. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350944257&ext=.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 126.292 São Paulo**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, Distrito Federal, Data de Julgamento: 07 fev. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078 Minas Gerais**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, Distrito Federal, Data de julgamento: 05 fev.

2009. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 04 nov. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1779. A França no Brasil: embaixada da França no Brasil. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 18 out. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Fundo das nações unidas para a infância. UNICEF – Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 out. 2022.

DIAS, Marco André Bonotto Gonçalves. **Habeas corpus 126.292: prisão em segunda instância e a presunção de inocência no supremo tribunal federal**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2016.

DUTRA, Bianca Moreira. Principiologia das prisões cautelares. **Jus**, 1 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32468/principiologia-das-prisoas-cautelares>. Acesso em: 30 out. 2022.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios jurídicos. **Revista Brasileira Multidisciplinar - ReBraM**, v. 11, n. 1, p. 13-14, 2007. Disponível em: <https://revistarebram.com/index.php/revistauniara/article/view/228>. Acesso em: 8 out. 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução: Eliana Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na constituição de 1988 e na convenção americana sobre os direitos humanos (pacto de são josé da costa rica). **Revista do advogado**. AASP. Constituição e processo penal, São Paulo, n. 42, 1994.

GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. Parecer: Garantia do estado de inocência e prisão decorrente de sentença ou acórdão penais condenatórios recorríveis. **Revista de Estudos Criminais**, v. 3, n. 11. Porto Alegre, 2003.

LENZA, PEDRO. **Direito constitucional esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer**. Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Consultante: Maria Cláudia de Seixas. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-antecipacao-pena.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da "ordem pública" como fundamento da prisão preventiva. **Revista consultor jurídico**, 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-crise-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em: 29 out. 2022.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NASCIMENTO, Tainara Maria Quirino do Nascimento. **Por uma análise da argumentação da força normativa e constitucionalidade do princípio da presunção da inocência na legislação e jurisprudência brasileiras**. 2022. Pré-Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRINCÍPIO. *In: Dicionário Online de Português*. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/principio/>. Acesso em: 5 out. 2022.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Prisão preventiva e temporária. **Blog Paulo Queiroz**. 9 mai. 2017. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/prisao-preventiva-e-temporaria-5/>. Acesso em: 29 out. 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Revista consultor jurídico*, 23 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>. Acesso em: 20 nov. 2022.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

TEIXEIRA, Flávia Camello. **Da tortura**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.