



FACULDADES FIP MAGSUL

MICHELLE GRANCE FERNANDES CAMARGO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA: UMA ANÁLISE ACERCA DA INSTABILIDADE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ponta Porã - MS

2021

MICHELLE GRANCE FERNANDES CAMARGO

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA: UMA ANÁLISE ACERCA DA INSTABILIDADE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para graduação no curso de Direito da Faculdade
Fip Magsul de Ponta Porã.

Orientador: Professor Mestre Elvis de Assis Amaral.

Ponta Porã - MS

2021



FACULDADES FIP MAGSUL

FOLHA DE APROVAÇÃO

MICHELLE GRANCE FERNANDES CAMARGO

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA: UMA ANÁLISE ACERCA DA INSTABILIDADE DAS DECISÕES DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para graduação no curso de Direito da Faculdade
Fip Magsul de Ponta Porã.

Aprovado em: 15/12/2021

Orientador: Professor Mestre Elvis de Assis Amaral

Membro: Professora Carolina Lückemeyer Gregorio

Membro: Mauro Alcides Lopes Vargas

Ponta Porã/MS, 15 de dezembro de 2021.

RESUMO

A presente pesquisa apresentará o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal. Com o objetivo de apresentar, consoante o artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal - Princípio da Presunção da Inocência - doutrinas e leis infraconstitucionais, em especial do Direito Processual Penal, a (i) legalidade acerca das prisões cautelares e da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O objetivo principal desta pesquisa foi apresentar, consoante ao princípio constitucional em tela, as doutrinas, os artigos, os julgamentos do STF e leis infraconstitucionais supracitadas, quanto a (i) legalidade dessas 02 (duas) formas de prisões provisórias. Nesse contexto, vislumbrou-se o problema essencial do trabalho: qual a Constitucionalidade ou a Inconstitucionalidade jurídica para a execução provisória da pena logo após a segunda instância e para a decretação das prisões cautelares? No capítulo 1 será abordado sobre o Princípio da Presunção da Inocência. No capítulo 2 será demonstrado o instituto das prisões cautelares, em especial a preventiva. No capítulo 3 serão apresentadas as controvérsias do posicionamento jurisprudencial acerca da prisão provisória da pena em segunda instância. Conclui-se que os objetivos foram alcançados, ao observar a insegurança jurídica ocasionada por variados posicionamentos do STF sobre a aplicabilidade do princípio da presunção da inocência, na prisão provisória da pena.

Contudo, apesar de diversas discussões contraditórias, conclui-se que pela doutrina e jurisprudência, não obstante o princípios da não culpabilidade demonstrar alguns fatores que substanciam sua relatividade, não existe nada, nem ninguém que pôde dizer em sentido contrário no que concerne de ser uma regra em três elementos, sendo o probatório, o de juízo e o de tratamento. Assim, o importante princípio da presunção da inocência apresentou-se ser um instrumento fundamental para equilibrar, a pretensão punitiva do estado, Juiz e garantia do indivíduo de não ter a sua liberdade restringida sem que, antes do trânsito em julgado da sentença penal irrecorrível - a não ser cautelarmente- haja um processo penal justo, imparcial e racional.

Palavras-chaves: Princípio da Presunção da Inocência. Pena. Execução Provisória.

ABSTRACT

This research will present the principle of presumption of innocence and the provisional execution of the sentence: an analysis of the instability of the decisions of the Supreme Court. Its general objective is to present, pursuant to article 5, item LVII of the Federal Constitution - Principle of the Presumption of Innocence - infra-constitutional doctrines and laws, in particular of Criminal Procedural Law, the (i) legality of provisional arrests and the provisional execution of the penalty before the final and unappealable sentence of the criminal sentence. In order to solve the problem, the main objective of this research was to present, according to the constitutional principle in question, the doctrines, articles, judgments of the Supreme Court and infra-constitutional laws mentioned above, regarding the (i) legality of these 02 (two) forms of provisional arrests. In this context, the essential problem of the work was glimpsed: what is the Constitutionality or the Legal Unconstitutionality for the provisional execution of the penalty right after the second instance and for the decree of provisional arrests? In chapter 1, the Principle of Presumption of Innocence will be discussed. In chapter 2, the institute of provisional arrests will be demonstrated, especially preventive ones. In chapter 3, the controversies of the jurisprudential position about the provisional arrest of the penalty in second instance will be presented. This research will be developed through the literature review method, in order to better understand the topic. The period of researched articles will be works published in the last thirty years. The places to search for materials will be doctrines, as well as databases: Academic Google, Scielo and BDTD- Brazilian Digital Library of Theses and Dissertations. It is concluded that the objectives were achieved, when observing the legal uncertainty caused by the various positions of the Supreme Court on the applicability of the principle of presumption of innocence, in the provisional arrest of the sentence. However, despite several contradictory discussions, it is concluded that the doctrine and jurisprudence, despite the principles of non-guiltability demonstrate some factors that substantiate its relativity, there is nothing, nor anyone who could say otherwise with regard to being a rule in three elements, being the evidentiary, the judgment and the treatment. Thus, the important principle of the presumption of innocence was shown to be a fundamental instrument to balance the punitive claim of the state, Judge and guarantee of the individual not to have their freedom restricted

without, before the unappealable criminal sentence becomes final - unless cautiously
- there is a fair, impartial and rational criminal procedure.

Keywords: Principle of the Presumption of Innocence. Pity. Provisional Execution.

TABELAS

Tabela 01 - Votos contrários e favoráveis à prisão provisória da pena privativa de liberdade	38
Tabela 02 - Alteração dos votos	40

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ARE – Agravo Em Recurso Extraordinário

Art. – Artigo

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPP- Código de Processo Penal

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

HC – Habeas Corpus

IN – Instrução Normativa

Min. – Ministro

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REQTE. - Requerente

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1- DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	12
1.1 - DOS PRINCÍPIOS E REGRAS	12
1.2 - DA HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	13
1.3 - DO GARANTISMO PENAL	14
1.4 - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE	16
1.5 - DA HISTÓRIA AOS PRINCIPAIS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS.....	18
1.6 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VINCULADOS A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	21
1.6.1 - Do princípio da dignidade da pessoa humana	21
1.6.2 - Princípio da ampla defesa.....	22
1.6.3 - Princípio do contraditório.....	22
1.6.4 - Princípio do devido processo legal	22
1.6.5 - Princípio do juiz natural	23
1.6.6 - Princípio da lesividade.....	24
2-PRISÕES CAUTELARES	24
2.1 - DAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE	25
2.2 - DO <i>FUMUS COMISSI DELICTI</i> E DO <i>PERICULUM LIBERTATIS</i>	27
2.3 - DA PRISÃO EM FLAGRANTE	28
2.4 - DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E DO JUIZ DE GARANTIAS	29
2.5 - DA PRISÃO TEMPORÁRIA	32
2.6 - DA PRISÃO PREVENTIVA	33
3-DOS JULGAMENTOS DO STF	38
3.1 - DA ANÁLISE QUANTITATIVA DOS VOTOS	38
3.2 - DOS VOTOS DE 1991 ATÉ 2019	39

3.3 - DOS VOTOS DE 2019 ATÉ HOJE (2021)	40
3.4 - DOS MINISTROS QUE ALTERARAM SEUS ENTENDIMENTOS.....	40
3.5 - DAS INTERPRETAÇÕES DO H.C.152.752 E DAS ADCS (MÉRITO)	48
3.6 - DO H.C.152.752 NO CASO DO EX-PRESIDENTE LULA (2018)	49
4-CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentará o princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena: uma análise acerca da instabilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Tem como objetivo geral apresentar, consoante o artigo 5º inciso LVII da Constituição Federal - Princípio da Presunção da Inocência - doutrinas e leis infraconstitucionais, em especial do Direito Processual Penal, a (i)legalidade acerca das prisões cautelares e da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para que se chegasse à resolução do problema, o objetivo principal desta pesquisa foi apresentar, consoante ao princípio constitucional em tela, as doutrinas, os artigos, os julgamentos do STF e leis infraconstitucionais supracitadas, quanto a (i)legalidade dessas 02 (duas) formas de prisões provisórias.

Nesse contexto, vislumbrou-se o problema essencial do trabalho: qual a Constitucionalidade ou a Inconstitucionalidade jurídica para a execução provisória da pena logo após a segunda instância e para a decretação das prisões cautelares?

No capítulo 1 será abordado sobre o Princípio da Presunção da Inocência.

No capítulo 2 será demonstrado o instituto das prisões cautelares, em especial a preventiva.

No capítulo 3 serão apresentadas as controvérsias do posicionamento jurisprudencial acerca da prisão provisória da pena em segunda instância.

A presente pesquisa será desenvolvida através do método de revisão de literatura, com a finalidade de compreender melhor o tema. O período dos artigos pesquisados será de trabalhos publicados nos últimos trinta anos. Os locais da busca de materiais serão as doutrinas, bem como os bancos de dados: Google Acadêmico, Scielo e BDTD- Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações.

1- DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Segundo o doutrinador Pedro Lenza (2020, p. 127) a doutrina destaca sobre a relevante e difícil diferença entre regras e princípios, partindo do argumento de que: "ambos são espécies de normas e que, como referenciais para o intérprete, não guardam, entre si, hierarquia, especialmente diante da ideia da unidade da Constituição."

1.1 - DOS PRINCÍPIOS E REGRAS

Sobre a temática, com uma visão direcionada para o processo penal, ressalta Paulo Rangel (2008, p. 693): "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."

Dentro do âmbito jurídico, Miguel Reale (2003) assevera:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2003, p. 37)

Para Amaral Júnior (1993, p. 27) a teoria geral do direito estabelece distinções entre regras e princípios nos seguintes termos:

Princípios são pautas genéricas, não aplicáveis à maneira de "tudo ou nada", que estabelecem verdadeiros programas de ação para o legislador e para o intérprete. Já as regras são prescrições específicas que estabelecem pressupostos e consequências determinadas. A regra é formulada para ser aplicada a uma situação especificada, o que significa em outras palavras, que ela é elaborada para um determinado número de atos ou fatos. O princípio é mais geral que a regra porque comporta uma série indeterminada de aplicações. Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente.

Para Gomes (2005) a diferença principal entre as regras e os princípios, portanto, encontra-se no seguinte:

A regra cuida (normalmente) de casos concretos. Exemplo: o inquérito policial destina-se a apurar a infração penal e sua autoria CPP, art. 4º. Os princípios (em regra) norteiam uma multiplicidade de situações.

O princípio da presunção de inocência, por exemplo, cuida da forma de tratamento do acusado bem como de uma série de regras probatórias (o ônus da prova cabe a quem faz a alegação, a responsabilidade do acusado só pode ser comprovada constitucional, legal e judicialmente etc.).

Barroso (2010) assevera que a Constituição passou a ser entendida, no Direito contemporâneo, como um sistema aberto de princípios e regras. Sendo permeável a valores jurídicos supra-positivos. Onde os pensamentos de justiça e de realização dos direitos fundamentais exercem uma função principal.

Para Barroso (2010) os princípios jurídicos, em especial os de natureza constitucional, passaram por um impetuoso processo de desenvolvimento, que os fortaleceu de uma fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna, no âmago do sistema jurídico.

Bertoncini (2002, p.78) citando Canotilho, relata que diversos problemas surgiriam, caso o ordenamento jurídico fosse formado somente por princípios ou somente por regras:

Um sistema só de regras geraria um ordenamento rígido e fechado, exigindo uma quantidade absurda de comandos para atender às necessidades naturalmente dinâmicas da sociedade – problema que não passou despercebido a Canotilho. Por sua vez – assevera o mencionado constitucionalista -, um ordenamento jurídico exclusivamente principiológico produziria insegurança, haja vista o elevado grau de abstração dos princípios, voltados de modo secundário à prescrição de comportamentos.

1.2 - DA HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Não há ainda uma definição final de hermenêutica jurídica. Alguns doutrinadores a aponta como um sinônimo de interpretação das leis; outros, as diferenciam. Carlos Maximiliano, (1993, p. 9-10) na introdução da sua excelente obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ressalta, de início que o objetivo da hermenêutica jurídica é estudar e aplicar sistematicamente os procedimentos jurídicos para determinar o significado e o alcance das expressões jurídicas.

França (1989, p. 1) assevera: “A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais”, e Magalhães (1984, p. 21-22), aponta que a: “Hermenêutica jurídica é a

disciplina científica da arte ou técnica de interpretar o direito. Interpretar, por sua vez, significa explicar, explanar, aclarar o sentido ou representar, reproduzir, exprimir o pensamento.

Barroso (2010), assevera que:

A mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

Segundo o doutrinador Pedro Lenza (2020), no Método jurídico ou hermenêutico clássico, a Magna Carta deve ser observada como uma lei e, assim, todos os métodos tradicionais de hermenêutica deverão ser utilizados na tarefa interpretativa, seguindo estes elementos de exegese:

elemento genético: busca investigar as origens dos conceitos utilizados pelo legislador;
elemento gramatical ou filológico: também chamado de literal ou semântico, pelo qual a análise deve ser realizada de modo textual e literal;
elemento lógico: procura a harmonia lógica das normas constitucionais;
elemento sistemático: busca a análise do todo;
elemento histórico: analisa o projeto de lei, a sua justificativa, exposição de motivos, pareceres, discussões, as condições culturais e psicológicas que resultaram na elaboração da norma;
elemento teleológico ou sociológico: busca a finalidade da norma;
elemento popular: a análise se implementa partindo da participação da massa, dos “corpos intermediários”, dos partidos políticos, sindicatos, valendo-se de instrumentos como o plebiscito, o referendo, o *recall*, o veto popular etc.;
elemento doutrinário: parte da interpretação feita pela doutrina. (LENZA, 2020, p. 131-132)

1.3 - DO GARANTISMO PENAL

Sabe-se que a Constituição Federal possui natureza Garantista. Nesse sentido, ao longo dos anos, surgiram doutrinadores que trouxeram inovações na maneira de interpretar os princípios e regras com ênfase na doutrina do garantismo penal. Ademais, essas diferentes interpretações jurídicas, em especial, no ramo do direito

constitucional, direito penal e processual penal, podem também ser causadas por determinação da influência dessa teoria contemporânea.

Logo, importante definir os conceitos, fundamentos, a origem e os desdobramentos que surgiram a partir do nascimento desse importante instrumento doutrinário e jurídico.

Ferrajoli apresenta o conceito de garantismo (2014)

O garantismo possui os seguintes significados: Segundo um primeiro significado, 'garantismo' designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de 'estrita legalidade' SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia aos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, 'garantista' todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

De acordo com a primeira definição, o garantismo é transformado em um modelo jurídico normativo, portanto Ferrajoli (2014) considera o sistema garantista (denominado por ele SG) como uma forma adequada de Estado de Direito.

Segundo Marques (2018, p. 10):

Embora entendido que o pensamento garantista no sentido de Estado Democrático de Direito é visto como evolução histórica dos direitos individuais e coletivos e da proteção integral destes, nota-se, nos dias atuais, de forma cada vez mais constante, a distorção dos reais pilares originários da doutrina de Luigi Ferrajoli em diversas situações no mundo jurídico brasileiro. O denominado garantismo hiperbólico monocular, como o próprio nome diz, é o garantismo exagerado e desproporcional direcionado apenas, de forma isolada, a uma parte do processo, ou seja, ele assegura apenas os direitos subjetivos do réu. É a visão parcial, ou mesmo o desvirtuamento, a distorção da Teoria Garantista Integral nascida na Itália, que vem preponderando nas relações jurídicas, especialmente, nas relações penais e processuais penais de todo o Brasil, motivo pelo qual foi denominado também pelos doutrinadores de Garantismo à Brasileira.

Já, na contramão do garantismo integral e muito mais do garantismo hiperbólico monocular, surge através do seu criador, Gunter Jakobs, o direito penal do inimigo.

Justificando elementos da doutrina de Jackobs, Luiz Regis Prado se manifesta nos seguintes termos:

a) antecipação da punibilidade com o escopo de combater perigos, de forma a alcançar momentos anteriores à realização de fatos delituosos, até mesmo meros atos preparatórios, por seu autor integrar uma organização que atua à margem do Direito; b) notável incremento e desproporcionalidade das penas, mormente porque à punição de atos preparatórios não acompanharia

nenhuma redução de pena; c) para Jakobs, é manifestação própria do Direito Penal do inimigo o fato de diversas leis alemãs serem denominadas “leis de luta ou de combate”; d) supressão ou redução de direitos e garantias individuais nas esferas material e processual penal, bem como a inserção de alguns dispositivos de Direito Penitenciário que extirpam ou dificultam alguns benefícios. (PRADO, 2015)

Sobre a temática, Gilmar Mendes apontou que:

Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”. É o que se tem denominado – esse dever de proteção – de *garantismo positivo*. (MENDES, 2004, p. 131-142).

Por todo o exposto, verificou-se que, quanto a interpretação dos princípios, em especial o da não culpabilidade, não se deve olvidar da sensibilidade do conceito de garantismo sob o viés da proporcionalidade. Logo, se é fato que existe as garantias fundamentais aos indiciados, acusados ou sentenciados, também é fato que a vítima e a sociedade devem ter uma resposta positivada pelo jus puniendi do estado.

1.4 - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

Para grande parte da doutrina os enunciados presunção de inocência e não culpabilidade são sinônimos. Contudo não há um consenso sobre este tema. Mas também, há vários posicionamentos que parecem pender para o termo “não culpabilidade”.

Preconiza Magalhães Gomes Filho:

nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso algumas vezes em termos de “presunção”, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo penal (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate “de perspectivas contrastantes, mas convergentes”, no primeiro caso se dá maior ênfase aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto que no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo-se a adoção de

quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado. (GOMES FILHO, p. 273, 1991)

Uma parte da doutrina expressa certa crítica a respeito da presunção de inocência. Assim, Bonfim ainda demonstra (2012, p. 45):

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.

Segundo Cruz (2020) a exclusão do juízo de culpabilidade não impõe, necessariamente, a inclusão da inocência:

Helio Tornaghi, sobre o Código italiano de 1913, reporta o debate legislativo que se travou à época sobre o alcance que se deveria dar à garantia presunção de inocência. Um dos senadores, Mortara, assim se posicionou: "O verdadeiro conceito que se deve aceitar o defensor é este: ninguém pode ser tido por culpado enquanto não condenado por sentença irrevogável; por essa razão o acusado, durante o processo, deve ser gozar de todas da liberdade de plena defesa e completa; não deve ser oprimido (*angariato*, submetido a vexames), torturado, submetido a tormentos morais, para lhe extorqui a confissão; não deve ser impedido de fazer valer todas as provas necessárias a fim de demonstração a insubsistência das acusações que as são feitas; essas lhe devem ser manifestadas com exatidão e solicitude; da forma mesma, deve ele conhecer as provas em seu desfavor; também sua liberdade pessoal deve ser limitada o mínimo possível, ou seja, apenas na medida estritamente necessária para que a justiça não seja defraudada em seus legítimos intentos e jamais com a devido ou com o efeito de impedir o acusado de provar, se puder, a própria inocência. Essas são verdades dogmáticas que nenhum jurista pode pôr em dúvida; mas uma coisa é afirmar que não se deve tratar o acusado como culpado e outra é dizer que lhe deve presumir uma inocência. E evidente o exagero da segunda fórmula, na qual se subverte o conceito da primeira. (FRANCHI, Bruno, Nuovo Codice di Procedura Penale, p. 179/180, apud. TORNAGHI, Helio, 1978, p. 189).

Batisti (2009) comprovou que no que diz respeito ao estado de inocência, após um importante momento histórico que se tornou público, sua repetição levou à definição de seu enunciado, e até mesmo à compreensão de seu significado prático ou de sua extensão. Deve ser atribuído ao instituto de pesquisa. Portanto, para este fato, há uma contradição de que o instituto parece ter significado e extensão próprios. Mesmo que a oposição fosse a uma declaração de princípio desde o início, nenhum indivíduo no campo do direito tende atualmente a expressar o contrário de qualquer forma. (BATISTI, 2009).

Deve-se esclarecer aqui que apesar da sociedade ter uma certa tendência ao enunciado “princípio da não culpabilidade”, o importante é que a sua essência não deve ser alterada. Logo, independente do termo usado ou da preferência do povo, o indiciado ou acusado deve ser tratado com todas os direitos e garantias fundamentais inerentes a situação em que se encontra.

1.5 - DA HISTÓRIA AOS PRINCIPAIS CONCEITOS CONTEMPORÂNEOS

Bonfim (2009) apontou o precedente histórico para a presunção de inocência, indicando que essa disposição foi confirmada pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos Humanos e Civis de 26 de agosto de 1789. Com motivação de intelectuais como Voltaire e Rousseau. Posteriormente, foi reafirmado no Artigo 26 da Declaração de Direitos e Deveres dos Estados Unidos de 22 de maio de 1948 e no Artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos na Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

Para Tourinho Filho (2009), estes são alguns instantes históricos acerca da presunção de inocência:

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 reprimée 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). Mais tarde, em 10-12-1948, a Assembleia das Nações Unidas, reunida em Paris, repetia essa mesma proclamação. Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 29-30).

A Constituição de 1988 segue essa tendência e visa regulamentar de forma detalhada todos os argumentos, exceto os argumentos que não alcançaram

consenso, os quais estão incluídos na legislação ordinária. Sobre o assunto, a Carta Magna enfatiza os princípios básicos da República e os direitos e obrigações das pessoas e das coletividades. A presunção de inocência apareceu na constituição pela primeira vez, embora não tenha apontado a tradicional expressão de "presunção de inocência". Considerando que se trata de linguagem oposta: Ninguém será considerado culpado até a sentença definitiva e irrecorrível da sentença penal. (BATISTI, 2009).

Os direitos fundamentais têm como característica básica a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões. Formam uma categoria jurídica que busca resguardar o homem na sua liberdade, nas suas necessidades e na sua preservação (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2005).

A evolução dos direitos fundamentais está atrelada a acontecimentos históricos que implicaram em conquistas de direitos que reconheceram a existência do homem como detentor de direitos inerentes a sua natureza (FERRARESI, 2012, p. 334).

A respeito da evolução dos direitos e garantias da norma penal, dispõe Coelho:

As funções do Direito Penal, assim, podem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. Por outro lado, paralela e paradoxalmente, a garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade individual. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode destacar que o Direito Penal contemporâneo caminha para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais. (COELHO, 2011)

Por todo o exposto, percebe-se que a relevância deste princípio é grandiosa, visto que o legislador infraconstitucional criou no Código de Processo Penal um dispositivo específico para tratar sobre o tema, assim dispõe o artigo 283:

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

Nesse diapasão, o princípio da presunção da inocência atua como um regulador para o poder punitivo estatal, concretizando o direito de qualquer indivíduo de não ser declarado culpado sem antes passar pelo devido processo legal e com sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Dessa maneira, o julgamento se torna mais justo e confiável para o acusado, junto ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois sua liberdade será garantida

enquanto houver a possibilidade de cabimento de recursos, até que sua culpa seja provada.

A Constituição Federal garante ao indivíduo o direito de provar em juízo não ser possuidor da culpa que lhe foi imputada. Há três significados diversos para o princípio da presunção de inocência nos referidos tratados e legislações internacionais, a saber:

- 1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas);
- 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789);
- 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos). (SILVA, 2001, p.30- 31 apud LIMA, 2016, p.42-43).

Com entendimento desfavorável ao HC 126.292/SP em que foi voto vencido, o Ministro Celso de Mello quando do julgamento da Medida Cautelar no HC 135.100/MG asseverou:

O entendimento de que a presunção constitucional de inocência qualifica-se como importantíssima cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. É por isso que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como se culpado fosse antes que sobrevenha contra ele condenação penal transitada em julgado. (BRASIL, 2016, p. 394)

No mesmo sentido aponta Rodrigo Capez:

Em nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção. No campo processual penal, devem ser destacadas, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias: a) 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inc. LIV); b) 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (inc. LVII); c) 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (inc. LXI); d) 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (inc. LXV); e) 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (inc. LXVI). Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, conclui-se que essa liberdade constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória. Por sua vez, o princípio constitucional da presunção de inocência se concretiza como norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento. (2015)

No campo da prisão preventiva e da liberdade provisória, nossa Carta Magna, embora preveja exceções ao *favor libertatis*, estabelece a regra-vetora de que ninguém será preso ou quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. (Art. 5º, inciso LXVI, da CF)

A presunção de não culpabilidade (ou presunção de inocência, como a maior parte da doutrina prefere) se apresenta ora como regra probatória (ou regra de juízo), ora como regra de tratamento do acusado. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra os julgamentos de mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode impor a condenação. (CRUZ, 2020, p. 77-78).

1.6 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VINCULADOS A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Este importante capítulo não poderia se findar sem os importantes princípios que se ligam como ferramentas essenciais ao basilar princípio da não culpabilidade. Logo, seguem os conceitos inframencionados.

1.6.1 - Do princípio da dignidade da pessoa humana

De acordo com Kant:

Somente o homem considerado como *pessoa*, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (*homo noumenon*) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constrange todos os outros seres racionais do mundo a ter *respeito* por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade. (KANT, 2013, p. 208).

Pode-se definir que a dignidade humana é o princípio central do sistema jurídico. Desta forma, como importante vetor de interpretação, real valor-fonte, moldou e inspirou todo o ordenamento constitucional vigente do nosso país. E traduz

um dos fundamentos da ordem democrática e republicana em que se baseiam a Constituição e o sistema de direito positivo (NERY JÚNIOR e NERY, 2009).

1.6.2 - Princípio da ampla defesa

Para Capez (2009), a ampla defesa significa que o estado é obrigado a fornecer a defesa mais completa para cada réu, seja na forma de autodefesa individual, ou também de defesa técnica conduzida pelo defensor, e também quanto aos necessitados, de fornecer assistência jurídica completa e gratuita para eles (CF, Artigo 5, LXXIV). Este princípio também inclui a obrigação de observar a ordem natural do processo. Desta forma, a defesa é sempre a última. Nos casos julgados pelo júri, nos termos do artigo 5º, artigo 38 "a" da Constituição Federal, onde a defesa alcança sua plenitude.

1.6.3 - Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está incorporado na velha *paremia* *audiatur et altera pars* - as opiniões da outra parte devem ser ouvidas. Traduz a visão de que a defesa tem o direito de comentar todas as questões levantadas pela outra parte no tribunal. Assim, para cada ato de uma parte, a outra parte tem o mesmo direito de se opor ou dar uma versão adequada, ou mesmo dar uma interpretação jurídica diferente da proposta pela parte *ex adversa*. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 21)

1.6.4 - Princípio do devido processo legal

Este é o princípio fundamental do processo. Sucedendo dele essencialmente os outros. Por meio deste princípio o estado assegura que ninguém será impedido de uma análise justa. Garante também que ninguém será punido sem que lhe sejam

garantidas a ampla defesa e o contraditório, além de que estabelecida a competência do juiz.

Encontra-se determinado no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

1.6.5 - Princípio do juiz natural

Um juiz natural transcende a mera natureza de um juiz. Com efeito, é o verdadeiro pressuposto da sua própria existência, derivada dos direitos que todos devem conhecer de antemão: se for cometido um ato criminoso típico, esta será a autoridade competente para o processar e julgar. (LOPES JR, 2017)

Segundo Nucci (2009), sobre o princípio do juiz natural:

O estado, na persecução penal, deve assegurar às partes, para julgar a causa, a escolha de um juiz previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais, (art. 5º, LIII, CF: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”). Evita-se com isso o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF), que seria a escolha do magistrado encarregado de analisar determinado caso, após a ocorrência do crime e conforme as características de quem será julgado, afastando-se dos critérios legais anteriormente estabelecidos (NUCCI, 2009, p.85).

Ferrajoli (2002, p. 472) conceitua da seguinte forma:

No primeiro sentido, expresso por exemplo pelo art. 25 da Constituição italiana, o princípio designa o direito do cidadão a um processo não prejudicado por uma escolha do juiz posterior ao delito e portanto destinada a um resultado determinado. No segundo sentido, deduzível com alguma incerteza do mesmo art. 25 e do art. 102, par. 1º, designa a reserva absoluta da lei e a impossibilidade de alteração discricionária das competências judiciais. No terceiro sentido, expresso pelo art. 102, par. 1º, da Constituição, mas derogado pelas jurisdições especiais previstas pelo art. 103, como também pela justiça política reservada pelos arts. 90 e 134 aos crimes presidenciais, trata-se de um princípio de organização que postula a unidade da jurisdição e o seu monopólio conservado em uma mesma classe. Enquanto a pré-constituição legal do juiz e a inalterabilidade das competências são garantias de imparcialidade, sendo voltadas a impedir intervenções instrumentais de tipo individual ou geral na formação do juiz, a proibição de juízes especiais e extraordinários e antes uma garantia de igualdade, satisfazendo o direito de todos a ter os mesmos juízes e os mesmos procedimentos.

1.6.6 - Princípio da lesividade

De acordo com o princípio da lesividade ou ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), apenas os atos lesivos caracterizados por danos reais ou potenciais aos bens jurídicos relevantes e a terceiros podem estar sujeitos ao direito penal. Nesse sentido, somente quando o comportamento puder infringir determinados interesses legítimos, poderá constituir crime. (AZEVEDO, 2011).

Para Gomes (2006)

A diversidade terminológica se explica diante da ligação umbilical entre a exclusiva proteção de bens jurídicos como missão do direito penal e a ofensividade como lesão ou perigo de lesão a bem jurídico já determinado, ambos decorrentes do caráter fragmentário e de ultima ratio do direito penal. Não obstante, tem-se que a expressão 'princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos' sintetiza tanto o questionamento sobre 'o quê' e 'quais bens jurídicos' podem ser tutelados pelo direito penal – e galgar ao status de bens jurídicos-penais – como o questionamento sobre de quais espécies de ataques ou ameaças podem ser protegidos os bens jurídicos (ofensividade), haja vista a descendência do mesmo tronco ancestral (fragmentariedade e subsidiariedade).

Segundo Cabrera (2000, p. 293-294), o princípio da ofensividade apenas informará o conteúdo material do conceito de crime, e o princípio da lesividade só cuidará das ações que lesem direitos outros.

2-PRISÕES CAUTELARES

As prisões processuais, ou seja, as prisões sem pena, são medidas meramente instrumentais preventivas, também chamadas de detenções temporárias, que afetam a liberdade de circulação das pessoas. Estas medidas preventivas pessoais visam garantir a eficácia da justiça e a busca da segurança, para que a ação penal ou a execução das penas cabíveis se torne útil e possível, demonstrando assim o seu caráter instrumental.

No direito processual, a prisão processual é expressa como de natureza protecionista, destinada a garantir o desfecho do processo principal investigar o crime do réu e a existência do crime. Por isso, essas medidas são sempre temporárias, ou seja, não são punitivas e instrumentais, o que significa que só devem ser utilizadas para garantir um processo mais "tranquilo".

2.1 - DAS CAUTELARES E O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

Pelas razões de fato e de direito que foram interpretados neste capítulo, deve-se observar primeiramente a diferença entre prisão pena e prisão cautelar (processual). Neste sentido, Távora e Alencar (2015, p. 817) asseveram quanto à prisão pena:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão-pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva (TÁVORA E ALENCAR, 2015, p. 817).

Contudo, as prisões provisórias (cautelares), representam medidas de exceção que autorizam o recolhimento de autores de infração penal antes de sua condenação. Outrossim, essa prisão sem pena, com a finalidade cautelar, de natureza puramente processual, destina-se a assegurar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou impedir que o indiciado ou o acusado continue praticando delitos caso estivesse solto.

Por outra vertente, em contrário senso ao princípio da presunção de inocência que alude que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, as excepcionais prisões cautelares, quando decretadas, causam a privação da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado, mesmo que não seja declarado culpado.

Portanto, ao menos aparentemente, restará configurado um possível conflito com o mencionado princípio em tela. Porém, apesar de gerar essa aparente divergência, o instituto da cautelar, em especial o da preventiva, por ser uma prisão

processual e quando corretamente aplicada, é de suma importância para o bom desempenho dos mecanismos do Direito Processual Penal.

Logo, nesta vertente, seguem as palavras dos dois autores supracitados sobre as prisões cautelares (sem pena):

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade da prisão sem pena, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão só ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (TAVORA E ALENCAR, 2015, p. 817).

Apesar da prisão cautelar ser admitida no âmbito constitucional, deve-se observar que, ainda segundo Távora e Alencar (2015, p. 51) o cerceamento cautelar do direito de locomoção só pode ocorrer em situações de extrema necessidade, tendo em vista que a regra é a liberdade, e o encarceramento cautelar medida de exceção.”

Ademais, o artigo 283 do Código de Processual Penal foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2019. Neste diapasão, segue o artigo do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (BRASIL, 1941).

Portanto, sobre o referido artigo da lei infraconstitucional, segue a importante versão de Renato Brasileiro de Lima:

Como se percebe, o dispositivo indica as espécies de prisão admitidas no âmbito criminal: a prisão em flagrante, a prisão temporária, a prisão preventiva, espécies de prisão cautelar, e a prisão decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, chamada pela doutrina de prisão penal (LIMA, 2015, p. 839).

Além disso, consoante o exposto no capítulo anterior deste trabalho, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, principalmente os que eram contrários à prisão provisória da pena, interpretaram pela constitucionalidade das prisões cautelares. Argumentaram que essas prisões processuais não ferem o princípio do artigo 5º LVII da C.F. de 88.

Ainda a respeito das cautelares e a sua aplicabilidade no princípio da presunção de inocência observa-se o seguinte:

Em um estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de medidas cautelares, a fim de se atenuar o risco (LIMA, 2015, p. 839).

Logo, mister que a decretação de qualquer prisão cautelar, por representar uma exceção ao princípio do art. 5º, LVII, da CF e por ferir o direito à liberdade, somente será exigível como a última “ratio” e quando não se puder aplicar outras medidas cautelares diversas da prisão. Outrossim, esta privação de liberdade só será proferida pelo juiz quando devidamente fundamentada com os elementos e requisitos que justifiquem a sua real necessidade.

Além disso, na esfera da regra de tratamento, apesar das suspeitas que recaiam sobre o acusado, ele deve ser tratado com todas as garantias fundamentais inerentes ao princípio da presunção de inocência.

Portanto, [...] “embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente diante de outros cidadãos não sujeitos a um processo” (NICOLITT, 2010, p. 61).

2.2 - DO *FUMUS COMISSI DELICTI* E DO *PERICULUM LIBERTATIS*

Sobre este tema observou-se através de Lopes Junior (2014) que não se deve tentar equiparar as regras do processo civil às regras do processo penal. No processo Civil existe o critério do “*fumus boni iuris*” (fumaça do bom direito) e do “*periculum in mora*” (perigo na demora). Já, no Processo Penal existe a possibilidade de se prender em caso da existência do “*fumus commissi delicti*” (fumaça do cometimento do delito) e do “*periculum libertatis*” (perigo de permanecer em liberdade). Veja-se:

O equívoco consiste em buscar a aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal, exatamente em um ponto em que devemos respeitar as

categorias jurídicas próprias do processo penal, pois não é possível tal analogia. No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. No sentido de que também não se aplica ao processo penal o *periculum in mora* do processo civil, mas sim o *periculum libertatis*. O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado (LOPES JUNIOR, 2014, p. 573 – 574).

Por todo o exposto neste capítulo discorreu-se nos títulos subsequentes as diversas modalidades de prisões processuais (cautelares). A mais destacada foi a preventiva por ocupar grande relevância no ordenamento jurídico penal nacional.

2.3 - DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Importante ressaltar que a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal. O renomado autor Aury Lopes Junior (2014) relata que pela possibilidade de qualquer do povo poder prender ou pelo dever da autoridade policial de se prender em flagrante ela pode se tornar precária. Logo, neste contexto, assevera ele que esta prisão justifica-se pela brevidade da duração e pelo imperioso dever do juiz em até 24 horas analisar a sua legalidade. Já, no caso de ilegalidade deverá ela ser relaxada, ou, se legal, convertê-la em prisão preventiva.

A prisão em flagrante é prevista na CRFB/88, em seu artigo 5º, LXI, dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988).

Essa modalidade de prisão é regulada no capítulo II, título IX, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que determina em seu artigo 302:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com

instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração (BRASIL, 1941).

2.4 - DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E DO JUIZ DE GARANTIAS

Entendeu-se pela inclusão deste tema na parte das prisões cautelares pois as audiências de custódias, geridas pelo Juiz de garantias, são as definidoras e as divisoras sobre o futuro dos imputados que foram presos em flagrante delito. O juiz de garantias, em até 24 horas, decidirá pelo relaxamento da prisão. Mas também, a depender dos fatos, o magistrado poderá reverter o flagrante em prisão preventiva. Logo, verificou-se a importância da audiência de custódia pois o juiz de garantias deve se manifestar sobre essas 02 prisões processuais (prisão em flagrante – pré-cautelar; e prisão preventiva). Desta decisão, sairá o acusado em liberdade, ou com medidas diversas da prisão, ou ainda, sairá preso através da prisão preventiva.

Outrossim, todos os procedimentos realizados pelo juiz de garantias nesta sessão vão na direção das garantias aplicadas ao imputado advindas do importante princípio da presunção de inocência, ou seja, é nela que o magistrado fará um juízo probatório e, também, de tratamento.

Já, em outra vertente, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil somava em 2019 mais de 550 mil audiências realizadas. Registrou-se um aumento de 380 % entre outubro de 2015 a setembro de 2019 (BRASIL, 2019, p. 01 - 02).

Sobre as audiências de Custódia o site de notícias do Conselho Nacional de Justiça descreve o seguinte:

As audiências de custódia foram instituídas como política nacional pelo CNJ, com implantação nas 27 unidades da federação entre fevereiro e outubro de 2015 e posterior publicação de regras para seu funcionamento (Resolução 213/2015). Elas consistem na apresentação do preso em flagrante a um juiz no prazo de 24 horas. Após a audiência, o magistrado decide se o custodiado deve responder ao processo preso ou em liberdade, podendo ainda decidir pela anulação da prisão em caso de ilegalidade. Por colocar o magistrado em contato com o custodiado no momento da prisão, essas audiências facilitam a comprovação de casos de tortura e maus tratos, geralmente pouco notificados (BRASIL, 2019, p. 01 - 02).

Outrossim, sobre o Juiz de Garantias, os doutrinadores Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais Da Rosa (2019), em artigo, intitulado "entenda o impacto do Juiz

das Garantias no Processo Penal", esclarecem que o Juiz de Garantias é originário da lei 13.964/2019 (lei anticrimes) mais especificamente no art. 3º, B, C, D e E .

Segundo os autores, antes do advento desta lei os magistrados acumulavam as funções de garantia e julgamento. Agora, os magistrados que participaram dos julgados preliminares não poderão mais julgar as ações penais, sob causa de nulidade da decisão (consoante art. 3º D, da lei 13.964/2019).

Além disso, mencionaram que defendiam há décadas o Juiz de Garantias pois entendem que a exclusão física dos atos do inquérito assegura a segregação entre os atos de investigação e atos de provas. Asseveram que o Direito a um julgamento com bases em provas será importante na construção do contraditório (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2019 p. 01).

Segundo Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2019), esta separação foi importante pois acabou com o uso manipulado de declarações da fase de investigação pois perante o juiz de julgamentos só vale o produzido oralmente:

Desde já cabe sublinhar a divisão, sem comunicação, entre as fases procedimentais e personagens diversos. Aplica-se a todos os procedimentos, excetuado os Juizados Especiais Criminais (CPP, art. 3º-C). Restou declarado expressamente no art. 3º - A. "O processo terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação". Na fase de investigação e recebimento da acusação, atuará o Juiz das Garantias, enquanto na fase de julgamento, o Juiz de Julgamento não receberá, nem se contaminará pelo produzido na fase anterior, já que somente as provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas e antecipação de provas serão encaminhados. O restante deverá permanecer acautelado no Juiz das Garantias (CPP, art. 3-B, § 3º), com acesso às partes (CPP, art. 3-B, §4º), acabando-se com o uso manipulado de declarações da fase de investigação, porque só vale o produzido oralmente perante o Juiz de Julgamento (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2019 p. 01).

Ademais, segundo Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2019) os procedimentos e análises do Auto de Prisão em Flagrante deverão ser recebidos e promovidos pelo juiz de garantias, na audiência de custódia, no prazo de até 24 horas (sob pena de punição e de relaxamento da prisão ilegal). Essa audiência deverá ser realizada na presença do conduzido, seu advogado ou defensor público e o membro da Promotoria Pública. Nessa audiência o juiz poderá relaxar a prisão ilegal, convertê-la em preventiva caso estejam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e se revelarem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão do art. 319 do Código de Processo Penal. Mas também, poderá conceder liberdade

provisória com ou sem fiança. Ainda se o juiz entender que a investigação necessite de mais 15 dias para finalização, a prisão deverá ser relaxada (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA, 2019 p. 02).

Por fim, os autores asseveram que o juiz de garantias, com o advento dessa nova lei (lei 13.964/2019), para executar o encarceramento de alguém sob a ótica da preventiva, deverá realizar com presteza e minúcia a fundamentação exigida na legislação.

Encerrando o referido artigo, Lopes Jr. e Moraes da Rosa (2019, p.4), fizeram uma crítica construtiva e, inclusive citam soluções para àqueles que eram contrários a essa implantação pois alegavam que a quantidade de magistrados para realizar a tão almejada audiência de custódia era insuficiente. Nesta esfera de raciocínio argumentaram:

Por fim cabe dizer que a mentalidade inquisitória deve se opor ao cumprimento da Reforma. Antecipamos que a dificuldade logística não se sustenta. O argumento de que o juiz das garantias não é viável porque temos muitas comarcas com apenas um juiz é pueril. Na verdade, brota de bocas ingênuas, que ignoram as soluções (simples, inclusive) ou de gente que manipula o argumento, pois no fundo quer apenas manter hígida estrutura inquisitória, a aglutinação de poderes e o justicialismo (óbvio que o juiz das garantias é uma tragédia para um juiz justiceiro...). E quais são as soluções?

- Existem diversas comarcas com apenas um juiz, mas que já deveriam ter dois, dado o volume de processos criminais e cíveis (logo, faz uma distribuição cruzada). A reforma justifica a abertura de concursos que estão represados e são necessários. Não se faz uma reforma processual ampla e séria sem investimento. Mas não se preocupem, sigam lendo que vamos mostrar outras soluções sem precisar aumentar gastos...
- Existem centenas de comarcas com apenas um juiz, mas com comarcas contíguas (as vezes a menos de 100 km) em que existem dois ou mais juízes, que poderiam atuar como juiz das garantias (inclusive online, inquérito eletrônico).
- Em outros casos, existem comarcas contíguas com apenas um juiz, onde também poderia haver uma distribuição cruzada (inclusive com atuação online).
- Em todos os casos, diante da ampla implementação dos processos e inquéritos eletrônicos, é possível criar centrais de inquéritos em comarcas maiores para atender as comarcas pequenas na mesma região.
- Enfim, com o processo (e inquérito) eletrônicos, não interessa mais o lugar, o “onde”, mas apenas o “quando”, isto é, estar na mesma temporalidade. Ora sabemos todos nós desse novo referencial, basta ver que trabalhamos o tempo todo no virtual, com várias pessoas em tempo real e o que menos importa é “onde” se está. Eis um “novo” paradigma que na verdade já integra o nosso cotidiano há décadas.

Não estamos inventando a “roda”. As razões do veto ao § 1º, ao art. 3-B, sob o fundamento de que é possível o uso de videoconferência (STJ, RHC 77.580), bem demonstram que é possível a realização dos atos indicados na figura do Juiz das Garantias. (LOPES JR. e MORAIS DA ROSA ,2019 p. 04).

2.5 - DA PRISÃO TEMPORÁRIA

A prisão temporária tem por objetivo assegurar o êxito da investigação policial, nos casos em que a liberdade do investigado pode colocá-la em risco. Regulamentada pela Lei 7.960/1989, a qual, em seu art. 1.º, prevê as seguintes hipóteses de cabimento:

Art. 1º. Caberá prisão temporária:

- Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- Quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado, nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro, epidemia com resultado de morte, envenenamento de água potável ou alimentos ou medicamentos com resultado morte, associação criminosa (art. 288 do CP, com a alteração determinada pela Lei 12.850/2013), genocídio, tráfico de drogas e nos crimes contra o sistema financeiro.

Nas palavras de Eugenio Pacelli, a prisão temporária tem por finalidade o acautelamento das investigações do inquérito policial, cumprindo com uma função de instrumentalidade, ou seja, de cautela. Ainda, segundo ele, será provisória, pois sua duração está prevista expressamente em lei (PACELLI, 201, p.258)

Para sua decretação, a prisão temporária deverá ser requerida pelo membro do Ministério Público ou através representação da autoridade policial, desse modo, não será possível sua decretação de ofício pelo juiz de direito, bem como mediante representação do ofendido.

Vale ressaltar ainda, que a prisão preventiva tem prazo certo, expressamente previsto em lei. O prazo previsto é de cinco dias, podendo ser prorrogado uma única vez, contudo deverá ser demonstrada a necessidade da prorrogação da prisão. Porém, se tratando de crimes considerados hediondos ou equiparados, o prazo da prisão temporária será de trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, também nos casos de extrema e comprovada necessidade, e quem dispõe sobre isso é o art. 2º, §4º da Lei n.º 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30

(trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

A prisão temporária é excepcional e restrita, devendo ser utilizada em um curto espaço de tempo, desde que comprovada a sua necessidade, com o objetivo de não tumultuar a investigação criminal. (AVENNA,2017)

Ocorre que em se tratando de crimes estabelecidos como hediondos o legislador estendeu o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais trinta no caso de comprovada necessidade. Isso decorre da gravidade dos delitos assim intitulados.

Da leitura do art. 2º, caput, da Lei nº 7.960/89, depreende-se que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Preserva-se, assim, o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz.

Por fim, tratando-se do prazo da prisão, Lima (2015, p. 984) esclarece que: "a prisão temporária só será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade".

Já a regra contida no artigo 2º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.072/90, assegura a prorrogação do prazo da prisão temporária por mais trinta dias nas hipóteses de crimes hediondo. Segue o referido artigo *in verbis*:

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (BRASIL, 1990).

2.6 - DA PRISÃO PREVENTIVA

Em tempos longínquos, as divergências sobre a constitucionalidade da prisão preventiva em face do Princípio da Presunção de Inocência eram mais corriqueiras. Todavia, a jurisprudência contemporânea e a doutrina majoritária vêm pacificando tal entendimento.

Contudo, é imperioso que o Juiz encontre um equilíbrio entre o princípio da não culpabilidade e o instituto da prisão preventiva para que não se viole as garantias constitucionais asseguradas ao imputado. Neste diapasão, é importante que os

magistrados analisem e fundamentem todas as circunstâncias e requisitos do fato imputado.

A legislação pertinente para isso é a prevista no art. 311, 312 e seguintes do CPP (código processual penal). Caso não seja aplicada outra medida cautelar diversa da prisão, o entendimento majoritário é que a prisão preventiva deve ser utilizada somente como uma exceção ao direito de liberdade.

Nesta linha de raciocínio, segundo Nucci (2005, p. 544): "Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública."

A prisão preventiva é prevista no Código de Processo Penal, especificamente no capítulo II, título IX, que em seu artigo 311 *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL, 1941).

Por conseguinte, sobre os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, segue, *in verbis*, o artigo 312:

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 (BRASIL, 1941).

Seguindo na interpretação, Távora e Alencar (2015, p. 848) demonstram que: "para a decretação da preventiva é fundamental a demonstração de prova da existência do crime, revelando a veemência da materialidade, e indícios suficientes de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941)".

Nesse mesmo entendimento, Oliveira (2011, p. 543), afirma que:

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo. Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o

seu íter procedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade (OLIVEIRA, 2011, p. 543).

Apesar da Constitucionalidade da prisão preventiva assegurada na Carta Maior, como já observado neste capítulo, não se deve olvidar da necessidade da fundamentação explícita no artigo 315 do CPP, in verbis:

"Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (BRASIL, 1941).

Neste diapasão, assevera Guilherme de Souza Nucci:

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, 2005, p. 546).

A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória, decretada pelo juiz, desde que presentes os pressupostos que a autorizam e as hipóteses em que a mesma é admitida. Fundamentada no artigo 312 do Código de Processo Penal, onde dispõe os motivos pela qual poderá ser decretada:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Referida modalidade de prisão, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iterprocedimental, e, mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade. (PACELLI, 2017)

Ainda, segundo Eugênio Pacelli:

Também será possível a decretação da preventiva, não só na presença das circunstâncias fáticas do art. 312, CPP, com os limites e as exceções do art. 313, CPP, mas sempre que for necessário para garantir a execução de outra medida cautelar, diversa da prisão (art. 282, § 4º, CPP). (PACELLI, 2017, pág.261)

A prisão preventiva poderá ser decretada tanto na fase de investigação policial quanto na fase de processo penal, segundo prevê o art. 311 do Código de Processo

Penal. Através de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, durante as investigações policiais, ou então, no curso do processo penal, de ofício, através de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação.

O Código de Processo Penal em seu art. 313 elenca as hipóteses em que a prisão preventiva poderá ser decretada, diante dos pressupostos e fundamentos que a autorizam.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

- nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
- se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

E, ainda, quando houver dúvidas sobre a identidade civil da pessoa ou quando este não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Norberto Avenna, explica a necessidade de tal dispositivo:

A individualização do agente constitui formalidade essencial da denúncia e da queixa-crime (art. 41 do CPP), importando sua ausência na inépcia da peça e, conseqüentemente, em nulidade do processo criminal (art. 564, IV, do CPP), que é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o poder-dever de punir. Ora, se o jus puniendi estatal for obstaculizado pela inexistência de processo criminal, sendo esta ausência provocada pela impossibilidade de identificação do acusado, a consequência mínima que daí decorre é o prejuízo à aplicação da lei penal, sem falar na própria ameaça à ordem pública, pois não há dúvidas de que a prática de uma infração penal não submetida a qualquer apuração pelo Poder Judiciário conduz à impressão de impunidade, aumentando, assim, o risco de reincidência criminosa. (AVENNA, 2017, pág. 678)

No entanto, a prisão preventiva poderá ser revogada, quando não mais subsistirem os motivos que levaram a sua decretação. Dispõe quanto a isso o art. 316 do CPP:

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 5.349, de 3.11.1967)

Para Eugênio Pacelli, a prisão preventiva poderá ser revogada quando as razões que determinaram a sua decretação, não estiverem mais presentes. No entanto, se necessário, poderá ser substituída por outra cautelar, para a proteção do processo, contudo, deve estar presente as condições do art. 282, I, Código de Processo Penal (PACELLI, 2017, p.262).

3-DOS JULGAMENTOS DO STF

Neste capítulo, será apresentado sobre os julgados do STF, demonstrando em tabelas a análise dos votos.

3.1 - DA ANÁLISE QUANTITATIVA DOS VOTOS

Na tabela abaixo, pode-se observar que desde o Habeas Corpus 68.726 (28/01/1991) até o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43,44 e 54 (07/11/2019) foram 07 (sete) julgamentos no STF sobre a aplicação do princípio da não culpabilidade na execução provisória de acórdão penal condenatório.

Neste tópico, foram analisados alguns dados, tabelas e relatos sobre os votos e o quantitativo de interpretações.

Neste sentido, pode-se observar na tabela 1 a compilação dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Em laranja, pode-se observar os votos que decidiram a favor da prisão provisória da pena privativa de liberdade. Já, em azul, estão contidos os votos que decidiram contra a prisão provisória da pena privativa de liberdade.

Tabela 1 — Votos contrários e favoráveis à prisão provisória da pena privativa de liberdade

Nº Votos SIM	Nº Votos NÃO	DATA	Maioria	Precedentes	Tempo de duração aproximado
8	0	28/01/1991	SIM	H.C.68.726	18 anos
4	7	05/02/2009	NÃO	H.C.84.078 viragem jur.	07anos
7	4	17/02/2016	SIM	H.C.126.292	03 anos e 10 meses
6	5	05/10/2016	SIM	ADCs 43 e44 cautelar	
6	4	10/11/2016	SIM	ARE 964.246	

6	5	05/04/2018	SIM	H.C.152.752 (caso Lula)	
5	6	07/11/2019	NÃO	ADCs 43, 44 e 54	01 ano e 07meses
TOTAL 42 sim	TOTAL 31 não	---	---	---	---
Julgados Vencedores de 1991 até 2019			5 SIM	Período total 30 anos e 5 meses	21 anos e 10 meses
			2 NÃO		08 anos e 07 meses

Fonte: dados do STF

3.2 - DOS VOTOS DE 1991 ATÉ 2019

Do ano de 1991 até 2019 ocorreram 07 votações sobre o tema no STF. Dentre essas, 05 julgamentos decidiram com o predomínio da prisão após 2ª instância (sim) (votos referentes a 1991, 2016, 2016, 2016 e 2018) e 02 julgamentos decidiram contra a prisão após 2ª instância (não) (votos referentes a 2009 e 2019). Portanto, foram 03 julgamentos a mais para o time de ministros que interpretaram pelo (sim).

Além disso, no total dos votos do ano de 1991 até 2019, foram 42 votos a favor (sim) e 31 votos contra (não).

Portanto, são 11 votos a mais (sim) para os Ministros que interpretaram pela manutenção da execução da pena após o recurso de apelação.

Neste mesmo período, foram aproximadamente 30 anos de instabilidade jurídica causada pelas inúmeras e sucessivas votações com interpretações divergentes e, em alguns casos, polêmicas.

Logo, dentro desses longos anos, foram aproximadamente 21 anos e 10 meses em prol dos ministros que votaram a favor (sim) da prisão provisória da pena privativa de liberdade e, por conseguinte, 08 anos e 07 meses aproximadamente para os ministros que interpretaram pela prisão somente após esgotados todos os recursos no STJ (supremo tribunal de justiça e STF (supremo tribunal federal))(não).

Neste sentido, a prisão em segunda instância (sim) perdurou, no período supracitado, por 13 anos e 03 meses a mais em relação aos ministros do STF que interpretaram pelo (não).

Apesar das controvérsias, percebe-se que houve um predomínio nos fatores temporal, quantitativo e, também, quanto ao número de julgados em prol dos Ministros que decidiram pela interpretação favorável à prisão provisória da pena privativa de liberdade (sim).

3.3 - DOS VOTOS DE 2019 ATÉ HOJE (2021)

Segue o entendimento proferido e interpretado em novembro de 2019 no qual o STF, por diferença de apenas 01 voto, decidiu-se pela constitucionalidade da aplicação do princípio da presunção da inocência no artigo 283 do Código Processual Penal.

Logo, por 06 votos a 05, os Ministros do STF decidiram que a execução da pena só poderá ser efetivada após esgotados os recursos no STJ (REsp - recurso especial) e no STF (R.E. - recurso extraordinário). O efeito desse julgamento é vinculante, "erga omnes" (para todos).

3.4 - DOS MINISTROS QUE ALTERARAM SEUS ENTENDIMENTOS

O objetivo deste tópico é demonstrar de que forma os ministros alteraram seus votos e as interpretações e quando alteraram.

Tabela 2 - Alteração dos votos

	FEV/09	FEV/16	OUT/16	NOV/16	ABR/18	NOV/19
MINISTROS	H.C.84.078 viragem jur.	H.C.126.292	ADCs 43 e44cautela r	A.R.E.964.246	H.C.152.752	ADCs mérito
DIAS TOFFOLI	Não integrava a corte	A FAVOR	CONTRA	CONTRA	CONTRA	CONTRA

GILMAR MENDES	CONTRA	A FAVOR	A FAVOR	A FAVOR	CONTRA	CONTRA
ROSA WEBER	Não integrava a corte	CONTRA	CONTRA	Não se manifestou	A FAVOR	CONTRA

Fonte: dados do STF

Na tabela supracitada, observou-se que três Ministros alteraram seus entendimentos. São eles: Ministro Dias Toffoli, na votação de outubro de 2016; Gilmar Mendes, por 02 vezes: em fevereiro de 2016 e abril de 2018; e, por último, a ministra Rosa Weber, que mudou por duas vezes: em abril de 2018 e novembro de 2019.

No primeiro caso, do Ministro Gilmar Mendes, pode-se verificar que ele votou contra a prisão após o 2º grau quando julgou, no STF, o H.C. 84.078, em 5 de fevereiro de 2009 (viragem jurisprudencial).

Contudo, em 17 de fevereiro de 2016 (07 anos depois), no H.C. 126.292, o Ministro Gilmar Mendes alterou seu entendimento e votou a favor da prisão provisória da pena. Por 7 votos a 4, os ministros alteraram o entendimento anterior e permitiram que o início do cumprimento da pena se desse após a condenação em segunda instância.

Nos votos de 2009 e 2016, respectivamente, interpretados pelo ministro, pôde-se verificar alguns temas correlatos entre as interpretações contrárias e favoráveis à prisão provisória da pena. Neste sentido, segue os argumentos do ministro:

Sobre o Habeas Corpus 84.078 (2009) em que o ministro votou contra a prisão em segunda instância, interpretando pela execução da pena somente após o trânsito em julgado. Sobre seus votos observou-se o seguinte:

Gilmar Mendes menciona que não há a necessidade da prisão após o 2º grau, pois existe a decretação da prisão preventiva e ela pode se dar em qualquer fase do processo, inclusive, o tribunal de apelação pode decretar.

Faço algumas observações rápidas apenas para dizer que - eu citei no debate -, sem dúvida, a questão da efetividade no combate à criminalidade é um postulado relevante em toda a discussão, mas, como já demonstrara naquela assentada, no Plenário, o Ministro Cezar Peluso, nada impede que o juiz ou o próprio tribunal de apelação possa fixar a prisão preventiva nessa sede. O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Em qualquer fase do processo. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)- Exatamente, em qualquer fase do processo (BRASIL, 2009, p. 1181).

Apresentou, também, vários relatos e dados, referentes a 2008, do Conselho Nacional de Justiça, sobre os abusos na decretação de prisão provisória da pena, especialmente no estado do Piauí. Segue parte do voto:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Nos mutirões realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, encontraram-se presos, por exemplo, no Estado do Piauí, que estavam - em números muito expressivos - há mais de três anos presos, provisoriamente, sem denúncia apresentada. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sem denúncia? O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sem denúncia. No Estado do Piauí, há até uma singularidade. O Secretário de Segurança ou a Secretaria de Segurança do Estado do Piauí concebeu um "inquérito de capa preta", significando que a Polícia diz para a Justiça que não deve soltar aquela pessoa. É um mundo de horrores a Justiça criminal brasileira, muitas vezes com a convivência da Justiça e do Ministério Público (BRASIL, 2009, p. 1182 -1183).

Também interpretou, usando as palavras do ministro Ilmar Galvão, contra a possibilidade da execução antecipada da pena, no sentido de que a sentença condenatória transitada em julgado é a única que atende os fundamentos e as exigências da Constituição. Segue parte de sua interpretação:

O Ministro Ilmar Galvão assim fundamentava a sua posição: "O mandado de prisão, expedido em cumprimento a sentença condenatória transitada em julgado, é fora de dúvida que satisfaz à exigência constitucional de ordem escrita e fundamentada. O fundamento está na própria condenação, quando já insuscetível de modificação pelos meios ordinários. Sentença, nas condições apontadas, é sentença preparada para execução que, no caso da pena privativa de liberdade, se inicia pela expedição do mandado de prisão. Diversa é a situação da sentença condenatória ainda sujeita a recurso. Em face do princípio da presunção da ausência de culpa, inculcado no inc. LVII (art. 5º), não pode servir de fundamento a uma ordem de prisão. Eventual mandado de prisão que, em função dela, for expedido, configurará hipótese de prisão desfundamentada e, por conseguinte, desautorizada no inc. LXI (BRASIL, 2009, p. 1192).

Argumentou, ainda, com a tese do direito comparado e os fundamentos dos julgamentos das Cortes Constitucionais espanhola e alemã para interpretar sobre o voto contrário à execução antecipada da pena. Relatou que essas 02 (duas) Cortes são contrárias à antecipação provisória da pena, a não ser por exceção das medidas cautelares (BRASIL, 2009, p. 1193 a 1195).

Além disso, sustentou que a sanção antecipada da pena seria uma afronta ao princípio da Dignidade Humana. Asseverou, pois, que há os requisitos e fundamentos para a prisão preventiva inseridos no artigo 312do Código Processual Penal e que esta é via correta para se prender alguém de maneira provisória, desde que seja fundamentada. Neste sentido:

Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada (BRASIL, 2009, p. 1195 - 1196).

Por fim, interpretou no sentido que a execução antecipada da pena também afeta garantias fundamentais: O direito fundamental à liberdade, a presunção de inocência, a dignidade humana e o princípio da proporcionalidade. Segue parte do voto:

Feitas essas considerações, parece-me que o recolhimento à prisão, quando não há uma definitiva sentença condenatória, determinada por lei, sem qualquer necessidade de fundamentação, afronta, a um só tempo, os postulados da presunção de inocência, da dignidade humana e da proporcionalidade (BRASIL, 2009, p. 1200).

Já, por outro lado, com a interpretação do Habeas Corpus 126.292 (2016), no sentido de ter alterado seu posicionamento para ser a favor da prisão em segunda instância. Percebeu-se, aqui, que Gilmar Mendes interpreta usando alguns temas de sua exegese de 2009, contudo, com argumentos opostos. Seguem as argumentações:

Segundo Brasil (2016, p. 74 - 75), o ministro interpreta agora defendendo a prisão provisória da pena (em contrário sensu ao voto de 2009) e fazendo uma crítica à prisão preventiva (aliás, esta prisão tão defendida pelo ministro em 2009).

Neste sentido, mencionou o crime organizado, em especial no Estado de Pernambuco. Relata que os criminosos, após serem presos pela prisão cautelar (preventiva), acabam sendo postos em liberdade (pois vinha a questão do tempo da prisão provisória) após 02 ou 03 anos, e não havia a possibilidade de se fazer um julgamento rápido. Afirma que esses crimes realizados por organizações criminosas são de natureza muito complexa. Aduz também que esses criminosos, após soltos, acabam reiterando no crime organizado (pois essas organizações são muito poderosas). Com isso, assevera que esses criminosos acabavam sendo presos novamente e que, pelo entendimento atual, se justifica a prisão no caso da repetição do delito pela garantia da ordem pública (esse é um requisito do artigo 312, prisão

preventiva). Relata que esse fato, segundo ele, apesar do entendimento que se tem hoje (de se prender pela garantia da ordem pública e demais requisitos do art. 312 do CPP), não se pode cogitar apenas a sua possível repetição para o argumento da prisão (BRASIL, 2016, p. 74 - 75).

Já no tocante ao direito comparado, o ministro cita novamente o caso dos dois países usados para ser contrário a prisão após 2ª instância (Espanha e Alemanha), só que, aqui, estranhamente, ele interpreta em contrário senso para ser a favor da prisão provisória da pena e contrário a prisão preventiva. E, ainda, cita a imprensa internacional para alegar que o Brasil é muito generoso com a prisão preventiva e que depois invoca o trânsito em julgado para a execução da pena. Logo, por este viés, sugere que isso provoca abusos. Neste sentido, segue uma parte do julgado:

Portanto, é a partir desse modelo positivo que muitas vezes se diz "mas o modelo alemão, por exemplo, leva isso em conta". Ou o próprio modelo espanhol, que não tem o recurso constitucional, mas tem o recurso de amparo. Em suma, seguindo as mesmas pegadas. Em nosso caso, ao contrário, sabemos que é possível, depois da decisão de apelação, portanto, na esfera ainda da jurisdição ordinária, termos o recurso especial, o recurso extraordinário, esses sucessivos recursos, já com objetivo, embargos de declaração, destinados a fundamentalmente elidir o trânsito em julgado e a bloquear a efetividade das decisões. Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o The Economist fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos (BRASIL, 2016, p. 63 - 64).

Ademais, sobre outra temática, afirma Gilmar Mendes que a culpa do acusado é progressiva e que o princípio da presunção da inocência vai se esvaziando desde que não se atinja o núcleo fundamental. Afirma - diferentemente da sua posição de 2009 - que, após esgotadas as instâncias ordinárias, já se deve prender o réu. Aqui, estranhamente, observou-se que a presunção de inocência (que antes era uma garantia fundamental intocável em face da C.F. de 88), para o ministro, não é mais uma regra absoluta como em 2009.

Neste sentido, pelas palavras do ministro, segue mais argumentos para se antecipar a pena:

Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor uma busca domiciliar, bastam "fundadas razões" – art. 240, §1º, do CPP. Para tornar o implicado réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo, é

imperiosa a prova além de dúvida razoável. [...] Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária (BRASIL, 2016, p. 67 – 68).

Pelo exposto, verificou-se que o ministro Gilmar Mendes nos Habeas Corpus de 2009 e de 2016, respectivamente, interpretou com alguns temas correlatos para dar um sentido oposto ao que tinha afirmado na votação anterior. Logo, em 2009, ele interpretou contra a prisão provisória da pena e em 2016 ele usou a hermenêutica para se posicionar a favor da prisão após o 2º grau.

Além dos julgamentos supracitados, Gilmar Mendes, em 04 de outubro de 2018, no julgamento do caso Lula, no Habeas Corpus 152.752, alterou novamente seu voto o qual havia interpretado a favor da prisão provisória da pena por 03 vezes seguidas: fevereiro de 2016 (Habeas Corpus 126.292); outubro de 2016 (Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, medida cautelar); e novembro de 2016 (Agravo em Recurso Extraordinário 964.246).

Desse modo, aproximadamente 1 ano e 07 meses depois, o ministro alterou sua interpretação e votou contra a prisão em segunda instância. Com isso, votou pelo deferimento do H.C. do ex-presidente Lula.

Ademais, por uma diferença de apenas um voto, ou seja, 6 votos a 5, os ministros negaram soltura ao ex-presidente, preso desde abril de 2018, mantendo a jurisprudência sobre o tema com a continuidade da prisão provisória da pena.

Segundo (BRASIL, STF, 2018, p. 02) o Ministro Gilmar Mendes interpretou neste H.C. 152.752 que, devido a decisão do habeas corpus 126.292 (2016), os tribunais automaticamente determinavam a execução antecipada da pena. Com isso, surgiram várias prisões indevidas, visto que, após decididas pelo Supremo Tribunal de Justiça, as sentenças penais condenatórias eram reformadas e os réus absolvidos, comprovando a prisão ilegal. Afirmou, no mesmo entendimento do ministro Dias Toffoli, no julgamento das medidas cautelares das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 em 2016, que o marco do julgamento de recurso especial pelo STJ é a mais segura. Asseverou, também, pela pacificação do tema e disse que não importa se a discussão seja em Habeas Corpus ou Ações Diretas de Constitucionalidade., pois o ponto de vista é processual.

Logo, Gilmar Mendes foi voto vencido neste importante julgamento do Caso do ex-presidente Lula em 2018 no STF.

Outrossim, em 2019, o ministro manteve o mesmo posicionamento do ano anterior, do caso Lula (2018), sendo favorável à prisão apenas após esgotados todos os recursos no STF e STJ.

Portanto, a síntese desse voto será relatada no título referente às Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 – mérito.

Já o segundo ministro que alterou seu posicionamento foi Dias Toffoli – o qual era a favor da prisão após a 2º instância em fevereiro de 2016, no Habeas Corpus 126.292. Contudo, votou contra a prisão provisória da pena e foi voto vencido no julgamento de 05 de outubro de 2016, nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44 – medida cautelar (apenas 08 meses depois).

Portanto, por 6 votos a 5, os ministros mantiveram o entendimento de que a prisão após condenação em 2ª instância era permitida e constitucional. Segue parte desse voto:

O ministro acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF.

Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais (BRASIL, STF, 2016, p. 02).

Após essa data, o Ministro Dias Toffoli manteve seu posicionamento contrário a prisão em segunda instância em todas as demais votações sobre o tema (até na última votação em 2019 mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade 43 44 e 54) que será explanada na seção 3.4 deste trabalho.

E, por fim, a terceira ministra a alterar seu voto foi Rosa Weber – que havia sido contra a prisão em segunda instância nos Habeas Corpus de outubro e fevereiro de 2016.

Contudo, em 04 de outubro de 2018 (aproximadamente 01 ano e 06 meses depois da sua última votação no Supremo Tribunal Federal em 2016), alterou todos os seus antigos posicionamentos para votar de maneira diversa no caso Lula, no

Habeas Corpus 152.752. Com isso, denegou o recurso e julgou ser a favor da prisão provisória da pena privativa de liberdade pela primeira vez.

Verificou-se que a mudança do posicionamento da Ministra Rosa Weber, no Habeas Corpus do ex presidente Lula, foi essencial para o não provimento do pedido. O placar para os ministros vencedores, dentre eles, Rosa Weber, foi 6x5 em prol da prisão provisória da pena.

Além disso, na 7ª e última votação no Supremo Tribunal Federal – Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 – julgamento do mérito, em 07 de novembro de 2019, novamente, por 6 votos a 5, os ministros mudaram o entendimento anterior e permitiram que o início do cumprimento da pena se desse somente após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, conseqüentemente, tornaram constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Logo, aproximadamente, 01 ano e 07 meses após o julgamento do Habeas Corpus do caso Lula, pela segunda vez, a ministra alterou seu posicionamento e voltou a interpretar em conformidade com todos os julgados, ou seja, em sentido contrário a prisão em segunda instância.

Por conseguinte, esta nova mudança de posicionamento da ministra, novamente, foi decisiva para a definição atual sobre o tema. Este, aliás, com efeito vinculante *erga omnes*. Interessante aqui destacar que a ministra, em 2018 e 2019, fez parte da equipe de ministros vencedores, mesmo com votos contrários – 2018 a favor e 2019 contra a prisão provisória da pena.

Neste diapasão, o que levou a Ministra Rosa Weber, em 2018, a esta mudança tão radical (1 ano e 06 meses depois) sendo que sempre se posicionou em sentido contrário a execução provisória da pena? E ainda, qual os argumentos para mudar novamente em 2019 (01 ano e 07 meses depois)?

Por todo o exposto, neste título, percebe-se que essas alterações (dos 03 ministros supracitados: Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Rosa Weber) foram decisivas para o atual entendimento e interpretação sobre a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Na outra vertente, contudo, 03 (três) Ministros sempre estiveram contra a prisão após a 2º instância: Marco Aurélio, Celso de Melo e Ricardo Lewandowski.

Mas também, 05 (cinco) Ministros (somando com o último que foi empossado antes da votação de 2018 – Ministro Alexandre de Moraes, que manteve a interpretação em relação ao seu antecessor, Ministro Teori Zavascki) sempre estiveram a favor da prisão após a 2ª instância: Carmen Lúcia, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, este último, apenas nas duas últimas votações.

Portanto, considerando a participação dos Ministros, desde os julgamentos de 2009 até 2019 (05 ministros faziam parte naquela época e, em 2016, entraram mais 06 ministros, sendo que um desses deu lugar a outro em 2018), ressalvados os 03 Ministros supramencionados que alteraram seus votos, os demais Ministros (08) que participaram das votações ao longo dos últimos anos, mantiveram-se fiéis a Hermenêutica e a interpretação jurídica, tanto os que sempre foram favoráveis (05), como os que sempre se mantiveram contrários (03) à prisão da pena após a apelação.

3.5 - DAS INTERPRETAÇÕES DO H.C.152.752 E DAS ADCS (MÉRITO)

Sabe-se que nas duas últimas votações sobre o tema, em 2018 e 2019, houve, respectivamente, o placar de 6 x 5 dos votos a favor da prisão provisória da pena e o placar inverso, 6 x 5 com ministros vencedores dos votos que são contrários à prisão provisória da pena privativa de liberdade.

Escolheu-se a análise dos votos (apenas dos vencedores) desses 02 julgamentos, pois eles causaram grande repercussão política, social, econômica e histórica no Brasil. Ademais, com a divulgação do fato na mídia e nas redes sociais, o interesse abrangeu as várias camadas da sociedade.

As polêmicas começaram já no início da divulgação do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus do ex-presidente Lula que se encontrava preso em 2018.

Por conseguinte, é sabido que os ministros que votaram nestes dois julgados foram os mesmos. A exceção foi com relação a ministra Rosa Weber que alterou o voto de um julgamento para o outro (de 2018 para 2019), os demais mantiveram seus posicionamentos.

Logo, em 2018, os votos vencedores foram dos ministros que julgaram pela denegação do H.C. do caso Lula e, conseqüentemente pela aprovação da prisão provisória da pena privativa de liberdade. Mas, também, (depois de 01 ano e 07 meses, aproximadamente) a turma de ministros vencidos no caso Lula em 2018 tornou-se a de vencedores na votação das Ações Diretas de Constitucionalidade 43,44 e 54 (mérito). Logo, ficou decidido em 2019 pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal frente a sua aplicabilidade no princípio da presunção de não culpabilidade.

Neste sentido, nos 02 (dois) julgamentos, pode-se observar as interpretações de todos os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal no curto espaço de apenas 01 ano e 07 meses, aproximadamente; ou seja, tanto os que interpretaram pela prisão provisória da pena privativa de liberdade (2018), mas também os que divergiram e são contrários a este entendimento (2019).

3.6 - DO H.C.152.752 NO CASO DO EX-PRESIDENTE LULA (2018)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 05 de abril de 2018, negou, por maioria de votos (6 x 5), o Habeas Corpus (HC) 152752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Os ministros vencidos nesta votação formaram o seguinte time: Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Já os ministros vencedores formaram a seguinte turma: Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Carmen Lúcia.

Logo, conforme supramencionado no título 3.4, segue a hermenêutica e interpretação dos votos dos ministros vencedores.

Prevaleceu o voto do relator, o ministro Edson Fachin, no sentido de não haver ilegalidade ou abusividade na decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que aplicou ao caso a atual jurisprudência do STF, que indica o início do cumprimento a pena após confirmação da condenação em segunda instância. Os demais ministros

vencedores seguiram o entendimento do relator. Neste sentido, segue parte do seu voto:

Consigno que é possível, em tese, que a compreensão desta Suprema Corte seja modificada se e quando verificar-se o julgamento das ADCs 43 e 44. Ressalto que, até tal ocorrência, não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente, tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a infactível tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte. Portanto, não verifico justificativas teóricas ou práticas, jurídicas ou fáticas, que autorizem a censura do ato apontado como coator (BRASIL, 2018, p. 89 - 90).

Segundo (BRASIL, STF, 2018, p. 01), o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que a eficácia do artigo 5º, LVII, da CF é observada quando atendido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no juízo natural de mérito do Poder Judiciário. Logo, o ministro afirmou que, após esgotadas as análises probatórias do Tribunal de apelação, afasta-se a culpabilidade e, por conseguinte, inicia-se o cumprimento provisório da pena. Além disso, mencionou que a presunção de inocência é uma presunção relativa. Logo, pelas palavras do ministro, segue parte do seu voto:

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória de segundo grau, escrita e fundamentada, mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal –, seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss) (BRASIL, 2018, p. 155 - 156).

No mesmo sentido, segundo (BRASIL, STF, 2018, p. 01), o Ministro Luís Roberto Barroso interpretou o seu voto pela denegação da ordem de habeas corpus. O ministro mencionou que o posicionamento divergente entre 2009 e 2016, sobre prisão provisória da pena, trouxe fatores negativos como a interposição de recursos protelatórios para gerar a prescrição e trazer uma dificuldade maior para os imputados com grande poder aquisitivo. Disse que este fato gerou grande descontentamento e desconfiança, por parte da sociedade, no sistema punitivo estatal.

Ainda mencionou que, após a condenação em segundo grau, já não há mais dúvida sobre autoria e materialidade. Veja-se:

Mesmo para quem ache que o princípio da presunção de inocência impede, do ponto de vista constitucional, a execução depois do segundo grau, penso que a prisão se impõe porque – e esse é o terceiro fundamento –, depois da condenação em segundo grau, já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade, e a execução da pena se torna uma exigência de ordem pública, para a preservação da credibilidade do Poder Judiciário (BRASIL, 2018, p. 178).

O ministro ainda fez pesquisas sobre recursos nos tribunais superiores (STF e STJ) e afirmou que a reversão desses em favor do réu não chega a 1,64 %. Logo, segue mais uma parte do seu voto:

Segundo os dados da Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo, entre 1º de janeiro de 2009 até meados de 2016, haviam sido apresentados vinte e cinco mil setecentos e sete recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal. Desse total, foram acolhidos 2,93%. Já é um número bem baixo, mas há uma informação mais interessante. A maior parte dos 2,93% acolhidos foram recursos da acusação para agravar a situação do réu, e não para melhorá-la. A estatística favorável aos réus é de 1,12%. [...] Quando se vai a examinar o percentual de absolvições dessas decisões em favor do réu, elas são de zero 0,035%. [...] A pesquisa realizada pelo Ministro Schietti, a meu pedido, com a equipe técnica do STJ, pesquisou, entre 1º de setembro de 2015 e 31 de agosto de 2017 - portanto, dois anos -, todas as decisões das duas Turmas criminais do Tribunal. Pesquisaram-se 68.944 decisões proferidas em recurso especial ou em agravo em recurso especial. Pois bem, o percentual de absolvição, em todos esses processos, foi de 0,62%. Em 1,02% dos casos, houve substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. Portanto, eu acho legítimo somar uma com a outra: 1,02% mais 0,62%. [...]. Diante desses dados, pedindo todas as vênias a quem pensa diferente, com todo respeito - e carinho mesmo -, é ilógico, a meu ver, moldar o sistema em função da exceção e não da regra. Porque eu considero que 1,64% é exceção e não regra (BRASIL, 2018, p. 181 - 183).

Por fim, relevante mencionar que Barroso é favorável aos julgamentos dos Habeas Corpus, pois afirma que não estão sendo restringidos e o percentual de reformas é mais relevante. Além disso, aduz que possuem uma maior celeridade para a correção de erros nos julgados. Veja-se:

Mas, eu repito, em habeas corpus o percentual de reforma é mais relevante. Entretanto, eu considero que esse é um argumento a favor de se manter a jurisprudência do Supremo. Porque existe uma "válvula de escape", pois os habeas corpus não estão sendo restringidos. E, portanto, se houver algum erro que salte aos olhos, em habeas corpus, eles podem ser solucionados. Dessa forma, justamente porque há habeas corpus, não há sentido em se exigir o trânsito em julgado ou o julgamento do Superior Tribunal, até porque o habeas corpus é muito mais rápido, a menos, e evidentemente não é essa a motivação aqui, a menos que se esteja apostando na procrastinação. Portanto, faz muito mais sentido decidir essa questão por habeas corpus do que esperando o recurso especial ou esperando, o que eu acho que seria pior ainda, o recurso extraordinário (BRASIL, 2018, p. 183 - 184).

Já, a Ministra Rosa Weber, segundo (BRASIL, STF, 2018, p. 01) ao denegar a ordem de habeas corpus em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, sustentou o entendimento que a execução provisória da pena não fere o princípio da presunção de inocência. Afirmou, ainda, que a mudança de composição e os fatores conjunturais não são suficientes para legitimar a alteração do entendimento jurisprudencial adotado pela corte. Além disso, justificou o princípio do colegiado para compor a hermenêutica do seu voto, pois, segundo ela, sobretudo nas Cortes Supremas, a formação da vontade coletiva, uma vez firmados os precedentes, devem os tribunais segui-los. Veja-se:

Reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o locus apropriado para revisar tais temas. [...]. (BRASIL, 2018, p. 206).

Aqui neste polêmico voto, observou-se que a Ministra alterou seu voto com o pretexto de ir em conformidade com a vontade coletiva do colegiado da corte. Essa interpretação parece estranha, pois aduz ela que a prisão provisória da pena não prejudica a presunção de inocência, aliás, a ministra sempre foi contrária a prisão após a 2º instância e ferrenha defensora de se prender somente após o trânsito em julgado.

Na mesma esfera, o voto do ministro Luiz Fux, de maneira semelhante às interpretações dos Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, sustentou que “a presunção de inocência cessa a partir do momento em que, por decisão judicial, se considera o réu culpado”. E ainda, assevera que o trânsito em julgado para que se possa prender não está explícito na Constituição. Aduz ele que “interpretar de forma literal o dispositivo, é negar o direito fundamental do Estado de impor a sua ordem penal” (STF, 2018, p. 02). Pode-se observar parte do seu voto pelas suas palavras inframencionadas:

Portanto, pode-se, inicialmente, considerar que se a Constituição impedisse a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, a norma deveria estatuí-lo expressamente (“enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação, não será iniciada a execução da pena”). Resta plausível, portanto, concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado não

se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado. Mais do que isso, verifica-se que o mesmo art. 5º, em que está prevista a garantia da presunção de inocência, estabelece duas normas que contemplam a possibilidade de prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação. A única exigência é de que a decisão seja emitida por autoridade judiciária competente e esteja devidamente fundamentada, como se extrai dos incisos LIV e LXI, cujo teor reproduzo: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal ; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2018, p. 236 - 237).

Por fim, a ministra Carmen Lúcia manteve-se firme na interpretação que manifestou já em 2009 (viragem jurisprudencial), quando o Tribunal mudou seu entendimento para adotar a necessidade de trânsito em julgado para se admitir a execução da pena. Segundo ela, “o processo penal possui fases, e o que se admite no caso é que haja também uma gradação na forma de execução” (BRASIL, STF, 2018, p. 02).

Ela também menciona que a discussão principal está no momento inicial do cumprimento da pena. Aduz que a execução provisória da pena não compromete a presunção de inocência após o tribunal de apelação e expõe que “admitir que a não culpabilidade impossibilita qualquer atuação do Estado pode levar à impunidade” (BRASIL, STF, 2018, p. 02).

Pelas palavras da ministra segue parte do seu voto:

Reitero, portanto, o entendimento que sempre externei quanto à constitucionalidade da interpretação do sistema no sentido da possibilidade de início de execução da pena após a fase de exaurimento das instâncias comprobatórias da culpa. [...]

E temos inclusive súmula, que aplicamos reiteradamente nos habeas corpus e em todos os outros processos, aqui incluídos os recursos extraordinários, a Súmula 279, que não permite revisão de provas nesta sede. Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverá de ser asseguradas para os réus (BRASIL, 2018, p. 427 - 428).

Contudo, essas foram as interpretações dos ministros vencedores que denegaram o H.C. do ex presidente Lula e, por conseguinte, votaram pela execução provisória da pena após 2º instância.

4-CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verificou-se que os objetivos foram alcançados, ao observar a insegurança jurídica ocasionada por variados posicionamentos do STF sobre a aplicabilidade do princípio da presunção da inocência, na prisão provisória da pena.

Contudo, apesar de diversas discussões contraditórias, conclui-se que pela doutrina e jurisprudência, não obstante o princípio da não culpabilidade demonstrar alguns fatores que substanciam sua relatividade, não existe nada, nem ninguém que pôde dizer em sentido contrário no que concerne de ser uma regra em três elementos, sendo o probatório, o de juízo e o de tratamento.

Assim, o importante princípio da presunção da inocência apresentou-se ser um instrumento fundamental para equilibrar, a pretensão punitiva do estado, Juiz e garantia do indivíduo de não ter a sua liberdade restringida sem que, antes do trânsito em julgado da sentença penal irrecorrível - a não ser cautelarmente- haja um processo penal justo, imparcial e racional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. In: BENJAMIN, Antonio Herman de V. **Revista de Direito do Consumidor**, Vol. 6., São Paulo: RT, 1993.

ARAÚJO, L. A. D. NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AVENA, Roberto. **Processo Penal**. 9º ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

AZEVEDO, Marcelo André de. **Coleção de sinopses para concursos: Direito Penal, parte geral**. São Paulo: Jus Podvm, 2011.

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

BATISTI, Leonir. Presunção de Inocência. **Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A Garantia do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (Ou De Não Culpabilidade): Um Diálogo com os Direitos e Garantias Fundamentais. **Revista de Direito Brasileira** | São Paulo, SP | v. 15 | n. 6 | p. 376 - 398 | set./dez. 2016.

BRASIL, STF, Notícias: **STF nega habeas corpus preventivo ao ex presidente Lula**. Distrito Federal, 2018. 02 p. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: planalto, 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Lei 8072 de 25/07/1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Planalto, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus N° 84.078**. Relator: Ministro Eros Grau. Minas Gerais: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292**. Relator: Ministro Teori Zavascki. São Paulo, 2016. Disponível em: Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 5 nov. 2021.

CABRERA, Marcus Antonio Ferreira. **Reflexões sobre os princípios da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. Direito penal e constituição**. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Rodrigo. **A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro**. São Paulo, 2015. dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.

COELHO, Edihermes Marques. **As funções do Direito Penal**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 4, n. 146. 2011. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>. Acesso em: 27 set. 2021.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 5. ed. Juspodium, 2020.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
FERRAJOLI, Luigi. Teoria do Garantismo Penal. Tradução Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Alexis Couto de Brito (Colab.). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

FERRARESI, C.S. Direitos fundamentais e suas gerações: **Revista JurisFIB** - ISSN 2236-4498. Bauru, v. 3, Ano 3, 2012.

FRANÇA, R. Limongi. **A Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FRANCHI, Bruno. **Nuovo Codice di Procedura Penale**, p. 179/180, apud. TORNAGHI, Helio, 1978.

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

GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. **Jus Navigandi**. Teresina ano 9, 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios>. Acesso em: 10 jan. 2021.

GOMES, Luís Roberto. **Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**. Paper apresentado no Mestrado em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR, 2006.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado 2020** - 24a Ed: Pedro Lenza. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza. 24. ed. São Paulo: Saraiva educacional, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **MANUAL DE PROCESSO PENAL - VOLUME UNICO**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. **Manual De Processo Penal - Volume Unico**. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar**. São Paulo: CONJUR: REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2019.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 02. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira de. **Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaio Sobre o Modo Garantista Hiperbólico Monocular e Seus Reflexos no Estado Democrático de Direito**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180424-03.pdf>. Acesso em: 25 set. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 13ª Edição, Ed. Forense, 1993, p.9 e 10.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional: **Revista Jurídica Virtual Brasília**. V2 n 13 jun 1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional n8 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacielli. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivn, 2015.

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