

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

LUCAS SOUSA RAMOS

IMPUNIDADE OU PREVENÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO PRINCÍPIO
DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

São Luís

2020

LUCAS SOUSA RAMOS

**Impunidade ou prevenção: uma análise crítica acerca do princípio da presunção de
inocência**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário UNDB como requisito
parcial para aprovação.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana

São Luís

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário - UNDB / Biblioteca

Ramos, Lucas Sousa

Impunidade ou prevenção: uma análise crítica acerca do princípio da presunção de inocência. / Lucas Sousa Ramos. __ São Luís, 2020.

63 f.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gomes Viana

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Presunção de inocência. 2. Processo criminal. 3. Prisões cautelares. I. Título.

CDU 343.125

LUCAS SOUSA RAMOS

Impunidade ou prevenção: uma análise crítica acerca do princípio da presunção de inocência

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Thiago Gosmes Viana

Aprovada em 15 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Thiago Gomes Viana (Orientador)
Centro Universitário - UNDB

Prof. Me. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo
Centro Universitário - UNDB

Adv. Ma. Mylla Maria Sousa Sampaio (Membro Externo)
Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

São Luís

2020

À Deus, que enviou seu único filho para
morrer por todos, digno de todas as coisas,
meu Senhor, autor da vida e criador do
universo, meu maior orientador e sempre
presente em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, meu Senhor, porque dEle e por Ele, e para Ele, são todas as coisas; glória, pois, a Ele eternamente. (Romanos 11:36)

Aos meus pais, os quais sempre estão do meu lado para o que vier, amigos verdadeiros, que sempre me ajudam da melhor maneira possível e que, de toda a forma que puderam, contribuíram para a conquista deste sonho.

Aos meus avós que, embora a distância não tenha possibilitado muitos contatos, sempre me aconselharam sabiamente a seguir os passos certo e compartilhando seus ensinamentos.

Ao meu amado irmão, Tiago Sousa Ramos, amigo fiel, sempre verdadeiro e que muito me apoiou nesta caminhada, incentivo nas horas em que tudo corria bem, mas também naquelas mais desanimadoras.

À minha namorada, Sarah Bonesi Lima, com quem compartilho parte da minha vida, melhor amiga, ajudadora, que sempre esteve lado a lado, jamais tendo medido esforços para me auxiliar.

A todos os meus familiares, amigos e professores, todos colocados por Deus na minha vida e que em certo grau contribuíram para a construção da pessoa que sou hoje. Todos de alguma forma, direta ou indiretamente, cooperaram para que este sonho fosse possível, pois uma parte das pessoas ao nosso redor sempre estão conosco, mesmo em momentos que sequer imaginamos, inclusive na elaboração de um trabalho acadêmico.

Ao meu orientador que, mesmo diante do cenário de pandemia e dos desafios trazidos pela covid-19, sempre esteve disponível para sanar qualquer dúvida e colaborar ativamente na feitura desta monografia da melhor forma possível, sempre auxiliando.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
Inc.	Inciso
n.	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PPL	Pena Privativa de Liberdade
PRD	Pena Restritiva de Direitos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Este trabalho monográfico propõe-se, como objetivo principal, a fazer uma abordagem em relação aos efeitos da presunção de inocência, princípio disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. A escolha deste tema se dá em virtude: da importância e ampla aplicação deste princípio no direito penal e processual penal; das recentes discussões não só nos superiores tribunais e no meio jurídico, mas também no meio social, e ainda, pela sua participação na defesa da dignidade humana e garantia dos direitos fundamentais. A pesquisa sobre este tema conta com a metodologia bibliográfica e documental em que, inicialmente, no primeiro capítulo deste artigo, serão explorados: o conceito, as características, a historicidade, as aplicações e demais propriedades concernentes à não culpabilidade. Em seguida, analisar-se-á como a presunção de inocência garante ao réu em processo penal, o estado de inocência até que sobrevenha uma sentença penal condenatória que lhe impute a culpa. Neste mesmo momento, será reportado acerca dos efeitos do artigo 5º, LVII da CF dentro do processo criminal. Finalmente, no último capítulo, serão analisadas as prisões cautelares, também chamadas de prisões processuais: os tipos, legislação, peculiaridades, requisitos e outros aspectos relevantes. Ademais, será abordado ainda a possibilidade da coexistência destas penas e do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico.

Palavras-Chave: Discussões no meio jurídico e social. Garantia dos direitos constitucionais. Presunção de inocência. Princípio. Prisões cautelares. Propriedades.

ABSTRACT

This monographic work proposes, as its main objective, to approach the effects of the presumption of innocence, a principle provided for in Article 5, LVII of the Federal Constitution. The choice of this theme is due to the importance and wide application of this principle in criminal and procedural law; recent discussions not only in the superior courts and in the legal environment, but also in the social environment, and also for their participation in the defense of human dignity and the guarantee of fundamental rights. The research on this theme relies on the bibliographic and documentary methodology in which, initially, in the first chapter of this article, they will be explored: the concept, characteristics, historicity, applications and other properties concerning non-culpability. Then, it will be analyzed how the presumption of innocence guarantees the defendant in criminal proceedings, the state of innocence until a condemnatory criminal sentence that imposes guilt. At the same time, it will be reported about the effects of article 5, LVII of the CF within the criminal process. Finally, in the last chapter, precautionary prisons, also called procedural prisons, will be analyzed: types, legislation, peculiarities, requirements and other relevant aspects. In addition, the possibility of the coexistence of these penalties and the principle of the presumption of innocence in the legal system will also be addressed.

Keywords: Discussions in the legal and social environment. Guarantee of constitutional rights. Presumption of innocence. Principle. Precautionary arrests. Properties.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITUAÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E IMPORTÂNCIA JURÍDICA	14
2.1	Relevância da contextualização histórica do direito penal	14
2.2	Conceito do princípio da presunção de inocência.....	14
2.3	O devido processo legal e sua relação com a presunção de inocência.....	17
2.4	O direito penal na história e as consequências da ausência da presunção de inocência	18
2.5	A importância da aplicação da presunção de inocência.....	22
2.5.1	Princípio da presunção de inocência e sua importância para: a garantia do direito à liberdade, direito à imagem, a garantia de um julgamento justo e da ampla defesa	22
3	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL E SUA FUNÇÃO PROTECIONISTA	28
3.1	Aplicação da presunção de inocência dentro do processo penal e seus desdobramentos	28
3.1.1	Aplicação da presunção de inocência e o inquérito policial.....	28
3.1.2	Aplicação da presunção de inocência e a ação penal.....	30
3.2	Presunção de inocência, garantia Constitucional ou impunidade ao réu?	33
3.3	Princípio da presunção de inocência e a prisão em segunda instância	39
4	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES	44
4.1	A pena no direito penal	44
4.3	Prisões processuais e a presunção de inocência	48
4.3.1	Da prisão preventiva	50
4.3.2	Da prisão temporária.....	54
4.3.3	Da prisão em flagrante.....	55
5	CONCLUSÃO.....	58
	REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

Um dentre os problemas que mais assolam a sociedade brasileira é sem dúvida a violência. Este é um mal que sempre existiu ao longo da história e que nos dias atuais vem tomando grandes proporções. As notícias em jornais e demais meios de informação revelam verdadeiras barbaridades sendo cometidas todos os dias, atos com os quais a sociedade tem de conviver diariamente. Por esta razão, a população brasileira vive em um constante quadro de vigilância e medo, e acabam exigindo do Estado uma maior atuação para prevenir qualquer atividade potencialmente danosa. Essa ansiedade gerada pelo temor e o apelo às forças estatais contra a criminalidade corroboram para o surgimento de um direito penal mais intrusivo.

Surge então, a concepção de um Estado cada vez mais intervencionista e preventivo. Porém, o desejo por uma sociedade mais segura não justifica o desencadear de um governo que só pensa em punir, afinal, a filosofia iluminista sobre o processo penal pós idade média concebe um direito como ferramenta de tutela à liberdade, e não mais como realização da pretensão punitiva do Estado. E esta mudança de paradigma influencia também em como se desenvolve o processo penal, que passa a ter um novo viés, apegado aos ideais de um Estado democrático de direito.

Logo, visando a proteção do réu frente a pretensão punitiva do Estado e da vontade retributiva da sociedade e da vítima, surge o princípio da presunção de inocência como elemento capaz de oferecer maior segurança ao acusado quando diante de um processo criminal. A priori, esse princípio, também conhecido como não culpabilidade, consiste em nortear o processo penal sob a perspectiva de que o réu é presumidamente inocente até que se prove o contrário.

O direito penal, com toda sua complexidade, reconhecido por abarcar temas polêmicos, como aborto, maioria penal, tráfico de drogas e demais congêneres, não poderia deixar de fora a discussão sobre um princípio que visa a proteção do réu em meio a uma sociedade com tendências punitivas e que anseia sempre por medidas mais pungentes no combate à criminalidade. Destarte, a presunção de inocência do réu dentro dos processos criminais tem sido amplamente debatida no âmbito jurídico e social, principalmente no que se refere aos limites de seus efeitos.

Aquela forte exigência social por um Estado mais punitivo induz ao pensamento de que parte da população acredita em um direito penal fraco e em uma justiça falha, que não pune o criminoso e o faz retornar rapidamente ao convívio social, e não é raro ouvir tais

posicionamentos nas ruas. Assim, a não culpabilidade do réu, sob a perspectiva de alguns, é algo negativo para a efetivação da justiça, porquanto meramente retarda a pena do “bandido”.

A propósito, o princípio em tela foi o centro dos holofotes nos últimos anos, o qual é protagonista quando relacionada a discussões como prisão em segunda instância –tópico muito acionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ultimamente–, prisões cautelares, ônus da prova dentre outros.

Mas então, tendo em mente o exposto, no conflito entre *jus puniendi* e *jus libertati*, a proteção ao réu perante o poder estatal torna o princípio da presunção de inocência um empecilho que limita o poder/dever punitivo estatal, ou estaria garantindo os direitos constitucionais e penais do réu quando diante de um processo penal?

Uma possível hipótese, em resposta a esse questionamento, que merece ser destacada é o fato da presunção de inocência ser fundamental para garantia dos direitos constitucionais do réu, pois remonta a evolução histórica e o progresso da humanidade, na saída de um sistema inquisitorial para o acusatório, em que este, ao contrário daquele, reconhece o devido processo legal e atribui *status* de inocência ao réu durante o processo, e como decorrência desta condição, lhe é garantido maior proteção frente à pretensão punitiva do Estado, considerando sua maior vulnerabilidade no processo.

Infelizmente, com a militância e a onda de opiniões sociais, principiológicas e partidárias, nascem as mais diversas concepções sobre o princípio da presunção de inocência, muitas das quais o relativizam. Há quem diga que sua aplicação atrapalha na efetivação da pena do réu ou que, em virtude do longo processo desde a denúncia até a sentença transitada em julgado, é incabível a aplicação da pena somente após esta sentença. Assim, o objetivo principal deste trabalho é justamente buscar respostas na tentativa de entender se a não culpabilidade de fato causa impunidade ao réu ou se cumpre os ideais de um Estado democrático de direito.

Para isso, de forma mais específica, serão analisados aspectos históricos, conceituais, tendenciais, dentre outros elementos característicos da presunção de inocência a fim de entender o porquê do legislador optar por adotá-lo. Do mesmo modo, é outro objetivo analisar os efeitos deste princípio dentro do direito penal no intento de compreender como ele atua em defesa do réu. Por fim, analisar-se-á se o estado de inocência do réu até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pode acarretar impunidade ou ainda, problemas para a sociedade, que pode se encontrar a mercê de um possível criminoso de alta periculosidade, trazendo à discussão, as questões referentes às prisões cautelares.

À vista disso, a importância deste trabalho monográfico se justifica no âmbito social na medida em que trata sobre questões socialmente muito debatidas e bastante recentes, tal como

a prisão em segunda instância, mas também por revelar o papel da sociedade no que concerne à aplicação da pena. Já no tocante a ceara acadêmica e jurídica, o presente artigo revela-se indispensável, uma vez que o objeto de estudo é propriamente o princípio que transparece sua importância para o direito ao ponto de estender sua eficácia a todo processo penal. Um princípio que sustenta como pilar o processo penal não pode passar despercebido por quem é estudioso da ciência jurídica.

Desta feita, para quem lida com o processo criminal –advogado, juiz, Ministério público e demais, a inteligência de que o réu deve ser considerado inocente durante o curso persecutório evita que erros aconteçam, diga-se de passagem, erros irreparáveis, tendo em vista que se trata da vida, da liberdade, da imagem e da dignidade de uma pessoa, tudo isso, uma vez violado de forma equívoca, são irreparáveis.

Portanto, o objetivo geral deste artigo é fazer uma abordagem ampla sobre o princípio da presunção de inocência na tentativa de ponderar a questão da proteção do réu e da sensação de impunidade por parte da sociedade que acaba exigindo um Estado mais punitivo e menos protetivo. A não culpabilidade e o *jus puniendi* não são antagônicos, e a prova disso será explanada no decorrer deste artigo.

Para atingir esta meta geral, será feita uma análise histórica do direito penal e apresentação deste princípio (conceituação e importância), levantamentos acerca de sua aplicação no processo penal e da discussão sobre a proteção ao réu através deste princípio e, finalmente, fazer uma abordagem da relação deste princípio com as prisões cautelares bem como a recente polêmica envolvendo a prisão em segunda instância que chegou ao STF.

Quanto ao método abordado, o presente trabalho é caracterizado por ser de cunho bibliográfico, pois as informações obtidas, foram frutos de pesquisas, com o intuito de buscar em artigos livros e outras fontes com o objetivo de obter conhecimentos prévios para que pudesse ser construído o presente artigo. Ademais, para atingir os objetivos traçados neste trabalho monográfico, foi utilizado o meio de pesquisa exploratório como método mais adequado. (MARCONI; LAKATOS, 2010)

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONCEITUAÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E IMPORTÂNCIA JURÍDICA

2.1 Relevância da contextualização histórica do direito penal

A relevância de uma abordagem histórica acerca de determinado tema dá-se em razão da conveniência de nortear o leitor, situando-o no espaço e tempo, permitindo assim, uma compreensão maior sobre o objeto de estudo. De todo modo, a concepção do direito penal contemporâneo resulta inevitavelmente de uma construção histórica, porquanto o controle social sempre existiu, claro, variando de acordo com o contexto da época, mas apresentando-se mesmo que consuetudinariamente nas sociedades pregressas. Logo, uma pesquisa cronológica permite compreender a transformação da mentalidade humana no que tange ao ramo criminalista. (CALDEIRA, 2009)

Por isso, é pertinente um breviário histórico para levantamentos de como surgiu o princípio da presunção de inocência. Para tanto, uma abordagem mais ampla do direito penal faz-se necessária, a partir da qual será possível enxergar através das aplicações jurídicas das épocas, o motivo pelo qual o homem despertou para a necessidade de se presumir o réu como inocente no processo criminal atualmente.

A ciência jurídica se amoldando ao longo do tempo, sendo resultado de diferentes culturas, costumes e valores ético-morais. É inegável que o direito penal foi um dentre os ramos jurídicos que mais sofreu com a variabilidade provinda da história, experimentando diversificadas concepções. E não foi de uma hora para outra que surgiu a percepção do processo penal como é hoje, mas de uma construção ideológica paulatina. (CALDEIRA, 2009)

Felizmente, hoje é possível vivenciar uma ciência jurídica mais profícua da qual não se dispunha em tempos mais distantes. Em pleno século XXI, vive-se em um Estado democrático de direito que reconhece os direitos humanos, garante um sistema processual eficiente, exalta os direitos e garantias individuais... perspectivas que marcam a evolução social das quais épocas que a seguir serão exploradas, não desfrutaram. (CALDEIRA, 2009)

Mas antes de efetivamente embarcar na história, é indispensável conhecer primeiro o que vem a ser o princípio da presunção de inocência, afinal é nele o foco deste trabalho monográfico.

2.2 Conceito do princípio da presunção de inocência

Ninguém será considerado culpado antes de uma sentença penal condenatória transitado em julgado. Este é o cerne do referido princípio para o processo criminal conforme artigo 5º da Constituição Federal (1988). O intuito desta norma constitucional é manter o estado de inocência do réu durante todo o processo até que a superveniência de uma sentença o impute a responsabilidade pelo crime.

Como princípio constitucional e penal, a presunção de inocência se torna parâmetro para as normas e julgadores, ao passo que estabelecem diretrizes para todo o processo penal. Miguel Reale (2003, p. 37) salienta:

[...] 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)

Então, no direito, os princípios representam os valores adotados pela sociedade ao constitui-los democraticamente ao passo que também revelam a personalidade, a essência da Constituição Federal (CF). No momento em que a Magna Carta brasileira acolhe a presunção de inocência, resta evidente o reconhecimento pelo legislador da necessidade de uma maior preocupação com a proteção do réu. (REALE, 2003)

Mas este princípio em especial, em virtude de sua importância, tem seus efeitos estendidos para todo o processo penal, de forma que em decorrência da não culpabilidade, outras séries de garantias processuais são reputadas ao réu, visando garantir-lhe os direitos constitucionais oriundos da emersão do Estado democrático de direito. Tais garantias fazem referência aos desdobramentos gerados pela presunção da inocência do acusado dentro do processo, que se aplicam desde a investigação criminal até a sentença. (FERRAJOLI, 2006)

Tais desdobramentos são, pois, reflexo de sua proposta principal e decorrem de seu caráter principiológico. Portanto, todo o processo penal está sob a égide da não culpabilidade que garante ao réu status de inocência, assim, é imposto limites ao Estado no que tange a sua pretensão punitiva. (FERRAJOLI, 2006)

O ilustre italiano Francesco Carrara, reconhecido pela sua contribuição para o direito penal, citado por Alexandra Vilela (2000), encara a não culpabilidade como “um princípio estruturador que estende sua eficácia sobre o processo penal em seu conjunto e o põe

completamente a seu serviço”. Em outras palavras, todo o processo penal pauta-se no princípio da presunção de inocência.

Luigi Ferrajoli (2006) ratifica que a não culpabilidade foi “elevado por Francesco Carrara a ‘postulado’ fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias do processo”. Destarte, o seu reconhecimento dentro do atual ordenamento jurídico põe o processo penal em completa submissão a este princípio.

Diante disso, os efeitos da presunção de inocência estão difundidos em todo o processo penal como proteção aos direitos do réu, o qual só pode ser responsabilizado caso haja provas da materialidade do crime e de sua autoria, que serão apuradas e analisadas respectivamente a partir da investigação criminal e ação penal. Daí, surge a necessidade de, na aplicação da norma penal, assegurar-lhe um devido processo legal, pois é o meio capaz de dá embasamento à sentença condenatória e de levar a cabo o estado de inocência do acusado.

Diga-se de passagem, ao se retratar de épocas antigas quando da abordagem histórica do direito penal, ficará claro que o devido processo legal não existia, e como consequência, havia grande probabilidade de equívoco nas penas que inclusive eram severas, causando total insegurança jurídica. O que vem a ser este devido processo legal e qual sua relação com o objeto de estudo deste artigo é a resposta que o próximo tópico visa responder.

Porém, ainda com relação a apresentação deste princípio, importa salientar que há um debate acerca da nomenclatura “presunção de inocência” no meio doutrinário jurídico. Embora esta discussão não afete a funcionalidade do artigo 5º da CF, restringindo-se apenas à substancialidade dos termos gramaticais, alguns se propuseram a uma análise crítica a respeito do termo.

Paulo Rangel (2010) aduz:

[...] Primeiro, não adotamos a terminologia presunção de inocência, pois se o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, também não pode ser presumidamente inocente. A Constituição não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência. (RANGEL, 2010, p. 24)

Aponta o autor que o réu na verdade não é presumido inocente, e sim considerado não-culpado. A forma com que foi redigida no bojo da Constituição Federal ensejou no dissenso doutrinário a respeito deste princípio, Paulo Rangel em sua fala deixa claro que a Constituição não alega que presumir-se-á a inocência do réu, mas que não haverá culpa deste até a sentença.

Os autores que coadunam deste mesmo pensamento com relação a nomenclatura deste princípio, alegam que o termo “não culpabilidade” adotaria uma postura negativa, o que ocasionaria implicações diferentes para o processo penal frente a postura positiva que o termo “presunção de inocência” adota. Ou seja, enquanto a não culpabilidade apenas não atribui a culpa ao réu, a presunção de inocência o atribui um estado inocente. (CARVALHO, 2017)

De todo modo, esta discussão restringe-se apenas a questões técnicas da etimologia comumente utilizada, qual seja a redação adotada, o teor deste princípio permanece o mesmo. Assim, a não culpabilidade e a presunção de inocência são tidas como sinônimas no direito penal e a discussão doutrinária sobre a forma com que é chamada seria contraproducente. (VILELA, 2000)

2.3 O devido processo legal e sua relação com a presunção de inocência

O devido processo legal constitui-se um princípio que também possui efeitos amplos no ordenamento jurídico e fundamenta-se na garantia de um processo composto por forma, procedimentos, garantias e todos os elementos necessários para equidade e justiça dentro da ação.

O objetivo é resguardar todos os direitos amparados por lei quando diante da análise de um pleito processual. A garantia desse princípio impacta na busca da efetivação do direito material objeto da lide, e sua principal característica é a garantia do contraditório e da ampla defesa, institutos nativos e mais famosos do devido processo legal. (JANSEN, 2004)

A propósito, não é em vão que o nome deste princípio é devido processo legal, pois é pautada na lei e toda ela deve ser devidamente observada para que se possa haver uma sentença justa. Assim, na seara criminal, há todo um procedimento específico a ser seguido a fim de aplicar a lei penal. (JANSEN, 2004)

O entendimento doutrinário a respeito desse princípio, dentre eles Paulo Rangel, citado por Paulo Jansen (2004), caminha no sentido de que no devido processo legal, aloca-se todos os demais direitos processuais necessários para um julgamento correto. Então os princípios do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da criatividade, da segunda instância, da motivação das decisões fundamentadas e todos os demais, estão contidos naquele. (JANSEN, 2004)

Não há como tratar da presunção de inocência sem que exista menção ao devido processo legal, ora, a proposta da não culpabilidade é considerar o réu inocente até que se prove o contrário através da sentença. Nota-se, pois, uma relação de interdependência em cadeia, uma

vez que a não culpabilidade deixa de existir com uma sentença condenatória, e esta por sua vez, é proveniente de um devido processo legal, de modo que sem a sentença condenatória não há culpa, e sem devido processo legal, não há sentença.

Veja-se o que diz o artigo 11 da Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: ninguém será condenado à pena de ofensa tendo o direito de ser presumido inocente até provado a culpa de acordo com a Lei no processo público ele tem toda a garantia necessária para a sua defesa. (FILHO, 2000, p. 65)

Observa-se que na própria Declaração o princípio da presunção de inocência vem acompanhado do devido processo legal no mesmo texto. Portanto, deve-se haver um procedimento legal através do qual é assegurada todas as garantias para defesa do réu. A investigação criminal; a oitiva de testemunhas; o contraditório e demais garantias, são elementos que só um devido processo legal contempla. (JANSEN, 2004)

Com base no exposto, não é equívoco afirmar que o devido processo legal é o meio adequado para questionamento do estado de inocência do réu por parte do Estado. Ao final de todo o trâmite, tem-se a sentença fundamentada do juiz, que limita-se aos elementos contidos nos autos. Só assim, atendendo à lei processual e esgotado todos os recursos cabíveis, poderá o réu ser considerado culpado –se for o caso. (JANSEN, 2004)

Logo, a garantia do devido processo legal tem efeito “*sine qua nom*” para a garantia do princípio da presunção de inocência. Ambos caminham paralelamente rumo a aplicação de uma sentença justa e fundamentada, não dá para considerar alguém culpado por uma sentença que não cumpriu requisitos mínimos e legais para que produzisse efeito. (JANSEN, 2004)

Com base em tudo o que foi dito até então, dirige-se propriamente para análise histórica a fim de –retomando o que fora dito no primeiro tópico– compreender melhor a origem da noção de se presumir a inocência do réu, além do fascínio que o deleite na história proporciona ao leitor, ainda mais em se tratando de direito penal cujos temas estão repletos de dilemas.

2.4 O direito penal na história e as consequências da ausência da presunção de inocência

O direito penal das sociedades antigas não compunha um rol tão robusto como o atual, a humanidade ainda estava em transição e a ciência jurídica ainda estava em processo de desenvolvimento. Jefferson (2005) é preciso ao afirmar que “a construção da ciência do Direito Penal foi um processo lento, cheio de ensaios e erros, que passou por todas as gradações do profundo desrespeito à pessoa até à moderna proposta da valorização dos direitos humanos”.

Não poderia, pois, ser diferente com a forma de exercer o controle social, muitos aspectos humanitários ainda deveriam ser aprimorados, a título de exemplo e partindo de uma sociedade já minimamente “civilizada”, cita-se a mesopotâmia antiga, que inclusive, chegou a ser considerada como o berço da civilização daqueles tempos. (POZZER, 2002)

Tratando-se de direito naquela época, sem dúvida vem à mente o famoso Código de Hamurabi, reconhecido por ser regido pelo célebre: “olho por olho, dente por dente”, inclusive, até hoje pronunciado –normalmente com um cunho vingativo– pela sociedade como um ditado popular, e não à toa, pois na Mesopotâmia, esta lei era utilizada preponderantemente como vingança contra quem cometia crimes. A intenção era retribuir o mal mesmo que deixando de lado os valores humanitários, a ideia de ressocialização era utopia. Se alguém matasse à espada, à espada seria morto, e assim, a pena possuía uma finalidade meramente punitiva. (POZZER, 2002)

Hodiernamente, há o reconhecimento dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, da dignidade humana e outros aspectos que tornam inadmissíveis certas políticas adotadas pelos antigos. Hoje, por exemplo, ao contrário do puro cunho vingativo, a pena busca também a ressocialização do preso em uma tentativa esperançosa de metanoia¹. (POZZER, 2002)

Porquanto o fato de um agente praticar um crime não o condena a uma vida privada de dignidade e direitos. Independentemente da gravidade do ato, o Estado não está legitimado a ferir a dignidade humana ou a agir da mesma forma, razoável, não? Entretanto, não era tão óbvio no período mesopotâmico.

Isso tudo, porém, apenas demonstra a historicidade do direito e prepara o caminho para adentrar-se ainda mais na questão da presunção de inocência, a propósito, seus primeiros vestígios dentro da história encontram-se no direito romano com a aplicação do *in dubio pro reo*. Aliás, esta expressão latina que é expressão do princípio da não culpabilidade representa o quão o direito romano neste aspecto, apresentava-se evoluído no tocante ao direito processual penal. (CARVALHO, 2017)

Contudo, esta ideia foi completamente rechaçada no período da idade média, tempos em que houve um verdadeiro retrocesso para a humanidade e, em eu pese seja um período relativamente vizinhos, aspectos como a razão sofreram tamanhas distorções a ponto de muitos pensarem se tratar de uma época distante. Em razão das ideias primitivas adotadas na idade

¹ Metanoia é um substantivo feminino que vem do Grego que significa mudança essencial de pensamento ou caráter, transformação no modo de pensar, agir e sentir.

(METANOIA. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7graus, 2020. Disponível em:< <https://www.dicio.com.br/metanoia/>>. Acesso em 18/11/2020.)

média, a ciência jurídica sofreu fortemente assim como as pessoas da desta época. (CARVALHO, 2017)

De acordo com Aury Lopes Jr. (2011, p. 183 apud FREITAS, 2017):

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa. No *Directorium Inquisitorum*, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação. (LOPES JR., 2011, p. 183 apud FREITAS, 2017)

A Idade Média, portanto, representa tempos de longa transição, declarada pela própria história como sombria (idade das trevas) e reconhecida pelas punições severas e aplicação irracional da justiça –se é que se pode chamar de justiça–, no qual se sustentavam barbaridades como o sistema inquisitorial que fugia de qualquer parâmetro processual e protecionista atualmente existente, permitindo penas de morte dentre as quais muitas eram cruéis. (FERRAJOLI, 2006)

Para mensurar a tamanha truculência deste período, vale lembrar como o condenado era queimado vivo, ou ainda, a famosa morte por empalamento. As penas desumanas não eram o único problema, pois imperava nesta época uma completa insegurança jurídica, haja vista a inexistência de qualquer garantia ao réu. As acusações eram desprovidas de argumentos racionais e conhecimentos científicos, muitos eram acusados de bruxaria, por exemplo. Não havia sequer um sistema de provas processuais que oferecesse maior embasamento às acusações. Em síntese, fugia totalmente dos parâmetros de um devido processo legal. (FERRAJOLI, 2006)

Já foi esclarecido que o devido processo legal é o instrumento único pelo qual se pode afastar o status de inocência do réu e imputa-lo a responsabilidade pelo crime, mas na idade média, entretanto, a noção de processo penal era completamente ilusória e os registros históricos revelam a insegurança jurídica que tomava conta daqueles tempos. (FERRAJOLI, 2006)

A realidade deste período é geralmente retratada em filmes e, embora aparente, muitas abordagens não são exagero. De fato, naquela época, uma pessoa era torturada para confessar um crime que provavelmente nem praticou, ora, de nada vale forçar alguém a confessar algo, nada impediria de se condenar um justo dessa forma, sequer isso seria confissão por parte do réu e sim um apelo desesperado para se ver livre do torturador. Não obstante, era comum se ter

acusações pautadas tão somente em denúncias de uma única pessoa incorrendo a morte de muitos sem sequer haver provas satisfatórias. (VILELA, 2000)

Não é por acaso que esta época ficou conhecida como idade das trevas cujo contexto histórico, em virtude das injustiças, desigualdades, crueldade e mitos, é foco dos roteiros cinematográficos que atraem o público. Mas a lição principal é destacar a importância do princípio da presunção de inocência para o direito e como a falta deste, afetava os acusados na época. (FERRAJOLI, 2006)

Foi somente com o surgimento dos ideais iluministas, os quais conceberam um direito mais desenvolvido, que nasce uma mentalidade mais humanitária. Segundo o que elucida Paulo Rangel (2015, p. 23-24):

O princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII, em pleno Iluminismo, quando, na Europa Continental, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema processual penal inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII. Nesse período e sistema o acusado era desprovido de toda e qualquer garantia. Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. (RANGEL, 2015, p. 23-24)

E foi em meio ao contexto histórico da idade média que foram nascendo as ideias iluministas como forte base e fundamento do atual código penal, que acolhia um processo penal protetivo limitador do arbítrio Estatal. Outrossim, trazia à tona um espírito de igualdade, liberdade e dignidade, primando a racionalidade e antropocentrismo. O resultado desta mudança de mentalidade foi um grande passo para o progresso da humanidade, já que a razão deu vez a criação de um sistema processual mais justo e pautado na legalidade. Além disso, consagrou-se vários direitos, dentre os quais está o princípio da presunção de inocência. (CARVALHO, 2017)

Simone Schreiber (2005), leciona:

Com efeito, a consagração do princípio da presunção da inocência na Declaração de 1789 reflete uma nova concepção do processo penal defendida por pensadores iluministas em reação ao sistema persecutório que marcara o antigo regime, no qual a prova dos fatos era produzida através da sujeição do acusado à prisão e tormento, com o fim de extrair dele a confissão. É nessa mudança de foco, em que o processo penal deixa de ser um mero instrumento de realização da pretensão punitiva do Estado, para se transformar em instrumento de tutela da liberdade, que está a chave para se compreender o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência. (SCHREIBER, 2005)

Dando cabo a parte histórica, a próxima etapa deste trabalho se dedicará em examinar de forma analítica o princípio da presunção de inocência. Considerando sua forte influência dentro do processo penal visando oferecer uma maior proteção ao acusado durante todo o processo, evitando arbitragens quando perante a pretensão punitiva do Estado.

2.5 A importância da aplicação da presunção de inocência

Antes de dar prosseguimento na abordagem da relevância deste princípio, é indispensável lembrar que o fato de considerar o réu culpado somente após sentença penal condenatória traz diversas implicações para o processo, uma vez que essa aplicação da ensejo a outros tipos de proteção ao réu dentro do processo penal, outrora chamados desdobramentos deste princípio, os quais serão novamente retomados de forma aprofundada neste momento.

A Liberdade, a justiça, a ampla defesa, a honra, a dignidade da pessoa humana e demais preceitos símeis, são aspectos que justificam a importância da presunção de inocência como princípio Constitucional no atual ordenamento jurídico, afinal, diversos outros direitos e garantias derivam desses supracitados. (VILELA, 2000)

Como prova da tamanha importância para este princípio no processo penal, até mesmo o legislador infraconstitucional teve a preocupação em destaca-lo no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), no qual está disposto:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941)

E para melhor compreensão, faz-se indispensável uma abordagem através da qual será possível visualizar a presunção de inocência trabalhando em prol de outros direitos fundamentais, contribuindo assim, para aplicação de uma sentença justa ao passo que manifesta sua importância.

2.5.1 Princípio da presunção de inocência e sua importância para: a garantia do direito à liberdade, direito à imagem, a garantia de um julgamento justo e da ampla defesa

Quão caro é o direito à liberdade para a pessoa humana, representando uma das maiores conquistas sociais, a liberdade ganha mais força com o advento dos direitos humano. Foram

anos de luta por um governo democrático, na história, a escravidão, servidão, segregações e regime militar são fatores que marcaram o Brasil e traduzem épocas de opressão. Foi somente após muitas guerras e revoluções que o mundo despertou um espírito de igualdade, fraternidade e liberdade.

A medida mais extrema a ser adotada pelo direito penal é, sem dúvida, privar o indivíduo de sua liberdade. Claro que esta medida tão drástica ocorre proporcionalmente ao crime cometido e, mesmo diante da prisão, devem ser resguardados todos os direitos garantidos à pessoa condenado.

À vista disso, é de se imaginar o quão grave seria o réu ser condenado a viver uma vida privada de liberdade de forma injusta. Indubitavelmente, os traumas psicológicos, as sequelas, e a condenação de uma vida longe da família e do convívio social são irreparáveis, nem mesmo qualquer quantia indenizatória sanaria o erro.

Por isso, mais importante é dar primazia para a liberdade a decretar prisão. Logo, em sendo presumido inocente, o réu deve ser processado em liberdade, até que a culpa recaia sobre ele. Dentro da abordagem sobre a ação penal mais a frente, será possível observar que para que haja prisão cautelar, vários requisitos devem ser observados, isto, pois a regra é sempre a liberdade provisória, que é preferida a prisão processual.

Não obstante, a presunção de inocência atua ainda em defesa à imagem do réu. Há de se convir que um grande mal da humanidade no século XXI é o preconceito. Segundo Francisco Pereira (2007), o significado da palavra preconceito –embora cotidianamente se utilize este termo mais como sinônimo de discriminação contra alguém– funda-se em: “qualquer opinião ou sentimento concebido sem exame crítico”, em outras palavras, é um prejulgamento contra alguém de forma precoce, anterior a qualquer comprovação a que este tenha sido submetida.

Tendo isto em mente, é inegável o fato de qualquer pessoa que apenas esteja sendo réu em processo criminal, sofre com olhares desconfiados por parte da sociedade e tem sua vida social impactada negativamente, resultando em prejuízo a sua imagem e honra, muito embora ser réu não seja sinônimo de ser criminoso. Se um empresário famoso ocupa o polo passivo no processo penal por um crime que ainda está sendo julgado, mesmo que ao final ele seja absolvido, tem sua imagem manchada pelo simples fato de ter sido réu em processo criminal, pois a sociedade já o enxerga com “uma pulga atrás da orelha”, e esta condenação popular é fato presente nos dias atuais. (PEREIRA, 2007)

E sabendo disso, Aury Lopes Junior (2012, p. 778) defende que:

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

Os próprios juízes podem ser influenciados pelo preconceito diante de um caso penal, incorrendo no risco de cometer abusos contra o acusado. O problema é que tirar conclusões precipitadas de alguém, seja pela aparência seja por outros fatores, é mais comum do que se imagina, e qualquer um está sujeito a este mal, mesmo os que rebatem firmemente o preconceito e lutam pela igualdade, pois envolve coeficientes mentais e psíquicos impassíveis de controle humano, construídos no decorrer da vivência em sociedade. (PEREIRA, 2007)

Isto posto, o preconceito é algo enraizado na essência humana que é um ser social e influenciado pelo meio e as percepções a partir da vivência de mundo, conforme expressa Wilson Muniz Pereira (2007):

De fato nem sempre aceitamos as diferenças de forma pacífica, com crença, sem desconfiança. Entendo que a discriminação ou preconceito está arraigado dentro do ser humano, enraizado como um amálgama (Mistura de coisas ou pessoas de natureza diferente, formando um todo) que não se desprende por ser inerente, de forma absoluta do ego humano. (PEREIRA, 2007)

Este é mais um dos motivos que revela a necessidade do legislador em promover o princípio da presunção de inocência dentro do processo penal, instituto capaz de proteger o réu contra arbitragens as quais podem ser fruto de um preconceito mesmo que involuntário, pois todo ser humano é dotado de subjetividade e opiniões, sendo impossível desarraigá-lo completamente destes aspectos que, diante de uma situação concreta, são capazes de levar a um prejulgamento e prejudicar quem ocupa o polo passivo em um processo criminal. (PEREIRA, 2007)

E ainda, como assevera Raphael Carvalho (2017):

É nítido que o princípio da não culpabilidade deve ser aplicado no campo probatório, na esfera processual, mas também é preciso ser invocado fora do processo, onde atua no tratamento de um acusado, protegendo-o de difamações, publicidade abusiva, condenações populares, etc. (CARVALHO, 2017)

Logo, é incabível o réu ficar à mercê da falibilidade humana e destes preconceitos que geram uma tendência negativa em querer puni-lo de imediato em razão de uma conclusão precipitada oriunda da aparência de um fato criminoso não examinado de forma aprofundada ou ainda, um tipo de “julgar pela capa”, isto é, pela aparência, tirando-se conclusões errôneas. Nem o próprio julgador está livre deste mal, afinal magistrados também pecam. (PEREIRA, 2007)

Não obstante, consta salientar que um grande desafio enfrentado pela justiça como um todo, mas em especial do direito penal, é o estar constantemente alerta, isto é, em um comprometimento verdadeiro para com a situação do réu e o caso em concreto a fim de que a justiça seja feita e para que a vida e liberdade de uma pessoa não sejam banalizadas ao ponto de serem tratadas com descaso. (PEREIRA, 2007)

O perigo da habitualidade reside justamente no grau de indiferença com a situação do réu, o que interfere diretamente na aplicação justa da norma. Não é um tema sobre o qual se costuma discutir, apesar de pertinente, mas com o tempo, as pessoas ficam sujeitas ao “poder do hábito”, uma atividade exercida reiteradas vezes e rotineiramente e que, uma vez ignorada a devida atenção, pode resultar em sua realização de forma mecânica. (PEREIRA, 2007)

Ocorre que o direito penal é um ramo jurídico que possui o condão de cercear a liberdade de uma pessoa. Então, as consequências acabam tomando maiores proporções, sendo exigido maior cuidado por parte dos que compõem o sistema penal e lidam diretamente com réus em processos criminais. (PEREIRA, 2007)

Por conseguinte, como consequência da seriedade que é a privação de liberdade além também de outros fatores emocionais, o direito pátrio alerta para que no processo penal se busque a verdade real dos fatos, o que demanda forte atenção e entrosamento com o caso concreto e pode combater a mecanicidade oriunda do hábito, que atenta contra a justa aplicação da norma. (PEREIRA, 2007)

O fato da presunção de inocência sujeitar o processo penal à noção de que o réu não é culpado, garante que o acusado em processo criminal não sofra as consequências de decisões mal fundamentadas e sem exame crítico ou pré-concebido, pareceres que podem estar eivados de vício e aplicação mecânica da norma sem atenção devido ao caso concreto. No direito penal, a mera subsunção a norma é insustentável, isso demonstra o grau de indiferença para com o réu e um repúdio a alteridade. (PEREIRA, 2007)

Conceder-se estado de inocência ao réu infelizmente não é capaz de erradicar as falhas humanas, mas certamente blinda o réu contra elas, devendo o preconceito, a mecanicidade e demais fatores, serem trabalhados individualmente na mente de cada um ou ainda, através de

campanhas voltadas ao âmbito jurídico que despertem a todos que compõem a ciência do direito a exercerem suas funções com maior excelência. (PEREIRA, 2007)

Não se pode ainda deixar de fazer menção a relação existente entre a não culpabilidade com a ampla defesa. A presunção de inocência confere ao réu uma condição mais favorável dentro do processo, longe de ser por motivos de impunidade, mas por decorrência lógica de que o réu não é culpado, cabendo ao autor da ação confrontar este estado de inocência. O réu não é, em regra, obrigado a provar sua inocência como requisito para ser absolvido, inclusive, em caso de dúvida quanto as provas da autoria e materialidade do crime que se visa imputar ao réu, o juiz deve dar prevalência à liberdade, cumprindo o “*in dubio pro reo*”. (CARVALHO, 2017)

Esta inversão do ônus da prova é plenamente justificável, não só pela decorrência da presunção de inocência, mas também por fatores puramente lógicos, pois há de se convir ser muito mais difícil provar a inocência a provar a prática do delito, já que este último se dá pela materialidade e autoria do crime que pode ser proveniente do próprio objeto do crime, documentos, imagens, vídeos, gravações, marcas, rastros, suspeitas, testemunhas perícias e outras infinidades de diligência, ao passo que ter um alibi nem sempre é fácil. (CARVALHO, 2017)

Vale ainda ressaltar que a importância do princípio da presunção de inocência não se limita a estes preceitos até então citados, inclusive, diversos outros derivam destes. Por conseguinte, considerando o papel deste princípio para a garantia Constitucional, resta claro ser indispensável para o processo penal. (CARVALHO, 2017)

Em vista o exposto neste capítulo, diante da conceituação, narrativa histórica e o breve comentário sobre sua importância, conclui-se que no princípio da presunção de inocência revelada a evolução do pensamento humano no que tange ao direito penal. Quando se faz remissão a tempos remotos outrora explanados depreende-se que a falta de elementos limitadores corroboram para a possibilidades de excesso punitivo por parte do Estado.

Com o surgimento dos ideais iluministas, aspectos do direito romano foram sendo resgatados, dentre os quais se insere o *in dubio pro reo*, conceitos que haviam sido deixados de lado para dar vez a um estado que utilizava o processo penal como meio preponderantemente punitivo.

Neste período nota-se a quebra do progresso histórico relativo à evolução humana, ao invés disso, a baixa idade média é marcada pelo regresso, dando espaço para atos atentatórios aos direitos humanos e permitindo diversas barbáries. Por outro lado, esses erros do passado servem hoje como base do atual ordenamento jurídico o qual visa evitá-los. Atualmente com o

reconhecimento da presunção de inocência pelo direito pátrio, o réu está menos sujeito a abusos e arbitrariedades, sendo-lhe garantido dentro do devido processo legal, um julgamento justo.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL E SUA FUNÇÃO PROTECIONISTA

3.1 Aplicação da presunção de inocência dentro do processo penal e seus desdobramentos

Já é manifesta a substancialidade da presunção de inocência como efeito da evolução do direito penal até a modernidade, em reação aos tempos em que se torturavam pessoas e as submetiam a prisões como método de confissão e base para sustentáculo das penas recaídas sobre o acusado.

É também evidente o seu papel protecionista em favor do réu, parte mais vulnerável no processo penal, quando diante do Estado. Importa agora investigar os mecanismos responsáveis por garantir a aplicação da presunção de inocência, levando em conta que a não culpabilidade sujeita todo o sistema penal aos seus preceitos, incluindo as normas, de maneira que nos mais diversos campos do processo criminal, será possível observar os efeitos deste princípio.

Não se trata, portanto de um tópico aleatório, na verdade, é necessário para que reste demonstrada a forte presença da presunção de inocência dentro das diferentes fases do processo penal e como se dá sua aplicação mesmo que indiretamente na proteção do acusado.

3.1.1 Aplicação da presunção de inocência e o inquérito policial

O inquérito policial é um procedimento administrativo instaurado previamente a denúncia (ação penal) e presidido pelo delegado de polícia (autoridade policial). Também é conhecido como percussão criminal e tem caráter informativo, justamente por ter como objetivo a busca pela justa-causa. (AGOSTINE, 2016)

A justa-causa é assim nomeado pelo fato de ser uma condição para a propositura da ação penal e se funda na autoria e materialidade do crime. Dessa forma, a investigação criminal se ocupa em levantar os indícios de autoria e materialidade, uma vez reunidos estes dois elementos, tem-se a justa-causa. A busca pela autoria é a investigação de quem praticou o delito, já a materialidade são os vestígios de que o crime realmente ocorreu. (AGOSTINE, 2016)

A título de exemplo, suponha-se a existência do crime de homicídio, o autor seria o agente que matou a vítima enquanto a materialidade, sendo o homicídio um crime do tipo material, é o próprio objeto do crime, ou seja, o corpo da vítima. (AGOSTINE, 2016)

Porquanto, o inquérito policial constitui-se em uma investigação e preparação previa para a ação penal, tendo como intuito a comprovação do *fumus commissi delicti*, termo cuja

ideia transmitida é: a fumaça da prática de um fato punível. Isso significa que a investigação visa o levantamento de lastros probatórios mínimos capazes de embasar a necessidade da provocação do juízo para a análise do suposto crime, lastros estes que se consubstancia nos indícios de autoria e materialidade (justa-causa), sem os quais não há que se falar em denúncia. (AGOSTINE, 2016)

A partir disso, percebe-se que não é em vão que o inquérito é também chamado de persecução, já que na investigação criminal há uma verdadeira perseguição pela justa-causa. (AGOSTINE, 2016)

Levando em conta todos esses fatos supracitados, infere-se que o inquérito policial não compõe de fato o processo criminal, como resultado disso, as regras de procedência aplicáveis ao processo não geram efeitos nessa fase investigativa. Inclusive, é por este motivo que o procedimento persecutório é considerado inquisitivo, o que leva também a uma aplicação enfraquecida ou quase inexistente dos institutos do contraditório e ampla defesa. Claro que o caráter inquisitivo do inquérito não implica em prejuízo a sua regulamentação legal, a investigação possui regras de procedência e requisitos a serem observados. (AGOSTINE, 2016)

Contudo, muito embora seja prévio ao processo e com natureza inquisitorial, ainda assim é possível observar aspectos da presunção de inocência na investigação criminal. Aliás, o inquérito em si exalta este princípio, e para ratificar isso, basta uma visualização panorâmica desta fase para concluir-se que é em razão do réu ser presumido inocente, que se funda a investigação criminal, cujo objetivo principal é questionar este estado de inocência através da averiguação. (AGOSTINE, 2016)

Assim, o inquérito, com todas as suas características e peculiaridades, existe em função da presunção de inocência. Os resquícios do princípio da presunção de inocência podem ser notados dentro do inquérito, por exemplo, em seu caráter sigiloso. Segundo Greco Filho (2012), o sigilo em caráter externo existe em dois planos, o primeiro visa garantir a procedência da investigação, enquanto o segundo tem por objetivo a proteção do réu e de sua imagem que se encontra ameaçada frente a uma sociedade intolerante.

Esta preocupação é uma evidente decorrência da presunção de inocência, já que o réu, não sendo culpado antes de sentença condenatória, não pode sofrer as consequências das acusações a ele fomentadas. O caso da Escola Base é um típico exemplo das consequências da não observância do sigilo no inquérito policial, esta imprudência deu causa a transtornos irreparáveis para os réus, os quais eram proprietários da instituição e foram acusados de estupro de vulnerável, mas em virtude da divulgação do caso ainda fase investigativa, tiveram suas reputações maculadas e se quer houve ação penal. (AGOSTINE, 2016)

O sigilo no inquérito policial, portanto, é mais um dentre diversos procedimentos que estão ligados a presunção de inocência, mesmo considerando o inquérito policial como sendo inquisitivo.

Não obstante, o direito pátrio, reconhecendo ainda a necessidade de tutelar os direitos do acusado, agora oportuna maior participação do advogado do acusado no inquérito policial, claro que pela essência da investigação criminal, tal participação pelo operador do direito não poderia ser algo exagerada, mas é suficiente para demonstrar uma mudança de postura do ordenamento jurídico com relação a uma tendência mais protecionista em favor do acusado ante a pretensão punitiva do Estado.

3.1.2 Aplicação da presunção de inocência e a ação penal

Quando explanada a importância do princípio da presunção de inocência, inevitavelmente foi aludido a respeito da aplicação deste princípio e seus desdobramentos no transcorrer do processo criminal. Portanto, a fim de aprofundar o tema, será feita uma sondagem dos procedimentos da ação penal.

Com a justa-causa proveniente do inquérito policial e as demais condições da ação satisfeitas, a pretensão punitiva do Estado poderá ser concretizada, se for o caso, através da ação penal, cuja finalidade é a provocação do judiciário a fim de levar ao conhecimento do juízo a ocorrência da infração penal para que haja a tomada das medidas cabíveis. Portanto, a ação penal constitui o instrumento pelo qual o Estado exerce o *jus puniendi* (pretensão punitiva contra quem cometeu o crime). (PIRES, 2019)

A ação penal segundo o ordenamento jurídico se divide em dois tipos, a saber: ação pública e ação privada, sendo a pública subdividida ainda nesta: incondicionada e condicionada a representação. A incondicionada faz jus a nomenclatura na medida em que não está limitada a nenhum aspecto, sendo ela de iniciativa exclusivamente pública e obrigatória pelo Estado. (PIRES, 2019)

Na ação penal pública, o Estado é o titular, quem oferece a denúncia, portanto é o Ministério Público que atua representando o poder estatal. O próprio ordenamento jurídico irá definir qual o tipo de ação para cada crime. Segundo o artigo 100 do Código Penal (CP), a ação penal é pública exceto quando a própria lei declarar o contrário. Portanto, a regra é os crimes serem de natureza pública. Normalmente os delitos mais graves e que atingem em maior grau o bem-jurídico são de natureza pública incondicionada, tais como o homicídio e o tráfico de drogas, por exemplo. (PIRES, 2019)

Por outro lado, a ação condicionada à representação exige que o ofendido represente em um ato que demonstre seu interesse no Estado oferecer denúncia contra o acusado. Repara-se que o titular da ação continua sendo o Estado, mas que para o oferecimento da denúncia pelo ministério público, tem-se a condição de que a vítima deve representar ou da requisição do Ministro da Justiça. (PIRES, 2019)

A ação privada por sua vez se difere pelo fato de não ser o Estado o responsável pela ação penal, o titular da ação é o próprio ofendido, quem irá de fato oferecer queixa sem a necessidade de representação para que o Estado o faça. Um crime que pode ser citado cuja ação penal é de natureza provada é a difamação, que a tinge a honra pessoal de um indivíduo. (PIRES, 2019)

Após uma certa noção do que vem a ser a ação penal, para identificar a atuação da presunção de inocência no processo penal, é necessário retomar a ideia proposta por Francesco Carrara anteriormente abordada, em que o princípio da presunção de inocência como, basilar e estruturador do processo penal, impõe-se sobre todo o direito criminal, o pondo sob sua égide, assim, sujeitando as normas da ação penal aos seus parâmetros. E como consequência da extensão de seus efeitos, a ação penal pauta-se por completo na concepção de que o réu é presumidamente inocente. (VILELA, 2000)

Tal sujeição, segundo Moraes (2008), leva a três diferentes significados sob a perspectiva constitucional acerca da concepção deste princípio, os dois primeiros são: “norma probatório” e “norma de juízo”, ambos com implicações mais assíduas na seara da prova.

No campo probatório, como efeito da não culpabilidade, o ônus da prova cabe a quem acusa, ademais, caso o juiz ainda esteja na dúvida quanto as provas levantadas durante o devido processo legal, dar-se-á prevalência a absolvição do réu. Nota-se então a relação entre este princípio com o *in dubio pro reo*. (MORAES, 2008)

Em outro plano, tem-se a tutela da liberdade do acusado, em havendo a necessidade de cerceamento à liberdade, a máxima dedicação aos direitos deve ser destinada ao réu. Assim, para que o acusado possa vir a ser preso antes da sentença, determinados requisitos bem específicos devem ser atendidos, tais como a observância do *periculum in libertatis* e *fumus comissi delicti*.

Estes dois elementos supracitados requerem do Estado, uma comprovação de que o réu oferece perigo quando em liberdade e a probabilidade de que a prática delituosa tenha ocorrido. Para tanto, alguns critérios objetivos devem ser considerados, como a reincidência que contribui para provar que o réu pode vir a praticar o ato delituoso novamente, demonstrando o *periculum*

in libertati. Da mesma forma, uma investigação criminal bem elaborada pode trazer consigo indícios de autoria e materialidade suficientes para revelar o *fumus comissi delicti*.

O segundo significado trazido por Moraes (2008) seria a não culpabilidade como “norma de tratamento”, isto, pois o estado de inocência deve agir de maneira que as partes formadoras da relação processual, estejam envolvidas pelo *status* inocente do réu, atuando, pois, de forma positiva em presumi-lo inocente e negativa em não considera-lo culpado. E com essa postura adotada, as decisões, acusações e demais atos que visem atacar o réu teriam efeitos proporcionais e ponderados caso o acusado venha a ser posteriormente absolvido.

O significado da presunção de inocência como norma de tratamento, garante também que o réu não será reprimido, nem tratado como criminoso. Tais garantias não limitam a aplicação do *jus puniendi* do Estado, apenas defende uma persecução criminal e processo penal humanitário, e, mesmo que o réu venha a ser condenado posteriormente, só então as medidas cabíveis devem ser aplicadas conforme a lei, mas nunca antes, segundo a Constituição Federal. (MORAES, 2008)

Do mesmo modo se posiciona Fernando Capez (2014), segundo o qual a presunção de inocência se evidencia em três momentos:

- a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova;
- b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida;
- c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise de necessidade da prisão processual. (CAPEZ, 2014)

Percebe-se, então, que é na ação penal que a presunção de inocência atua de forma a garantir mais fortemente todos os direitos inerente ao réu. A liberdade, a garantia de ter sua imagem preservada, o direito de contraditar em juízo para exercer sua defesa contra as acusações, tudo isso é amparado pela não culpabilidade dentro da ação penal no decorrer do trâmite processual. Em cada etapa da ação, deve-se obediência à presunção de que o réu que se encontra perante o juízo é inocente, não podendo ter qualquer efeito proveniente do crime imputado a ele de forma precoce.

Destarte, as convicções de Francesco Carrara se revelam verdadeiras na medida em que a presunção de inocência guia o processo penal, a não culpabilidade se apresenta como um princípio que se difunde em todo o processo penal e cuja importância se atrela às noções jurídicas da lei penal.

3.2 Presunção de inocência, garantia Constitucional ou impunidade ao réu?

Agora, é o momento oportuno para –depois da bagagem de conhecimento acerca do assunto da presunção de inocência– retomar as discussões mencionadas na parte introdutória deste escrito monográfico. Embora revestida com uma aparência de rixa entre conservadores e liberais, a discussão dos limites da não culpabilidade é pertinente até para debater sobre temas como a prisão em segunda instância e prisão preventiva.

À esta altura, em uma decorrência lógica de tudo o que foi explanado desde a introdução, é de causar a impressão que há uma tendência para a defesa da tese de que a presunção de inocência deve prevalecer a qualquer custo, mas não é tão simples. Inclusive, a constante discussão sobre esse tema nos mais diversos meios sociais ratifica de que a resposta para esta indagação não é tão óbvia.

A forma com que se encara o processo penal influencia demais nas opiniões que serão construídas concernentes ao limite do efeito da não culpabilidade no julgamento criminal. Manzine (1951) interpreta o processo penal como o meio pelo qual o Estado tem de comprovar sua pretensão punitiva. Já Francesco Carrara, citado por Vilela (2000) visualiza o processo penal como instrumento de proteção aos inocentes.

Manzine, portanto, embora não desconsidere a necessidade de se tutelar os direitos do réu, possui uma visão mais punitiva, enquanto Carrara enxerga o processo sob uma perspectiva mais protetiva. Então o que difere ambos autores é o foco dado ao processo penal. Em que pese os dois tenham suas próprias visões do sistema processual penal, é necessário identificar a qual destas o processo penal se amolda. (VILELA, 2000)

Aury Lopes Jr. (2011) alega que é imprescindível a compreensão da evolução histórica da pena como forma de entender o motivo do surgimento do processo penal. Por isso, não foi à toa abrir um espaço exclusivamente para comentar acerca da história do processo penal e do surgimento do princípio da presunção de inocência no primeiro capítulo deste artigo. A propósito, relembra-se que historicamente, o processo como um todo, principalmente na seara penal, nasce com o intuito também de limitar o poder estatal, uma vez que a população na idade média estava à mercê da soberania do Estado e o processo possuía cunho apenas punitivo.

Manzine tem razão em dizer que o processo penal é instrumento pelo qual o Estado comprova a pretensão punitiva, aliás, é isso que se enxerga no processo penal, pois, conforme Massilon Neto (2012) o direito penal tem como cerne o conflito de interesse existente entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do acusado, em que o processo penal no qual se dá este

conflito, manifesta um Estado que adota uma postura punitiva e se ocupa em quebrar a condição de inocência do réu. Porém, embora Manzine não esteja completamente equivocado, o enfoque protetivo endossado por Carrara é mais condizente com a verdadeira função do processo penal que vai além da mera tentativa de punição.

Fernando Capez (2014), acrescenta o seguinte:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal.
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual).
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficiente demonstrada. (CAPEZ, 2014)

Em comentário às ideias propostas por Fernando Capez, Carvalho (2017) menciona que fica evidente a pretensão protetiva inaugurada pela Constituição Federal quando da adoção do princípio da não culpabilidade dentro do processo penal, primando pela liberdade quando na dúvida, mesmo que porventura se deixe de aplicar pena a alguém culpável. (CARVALHO, 2017)

Então é perceptível que o legislador teve uma preocupação maior com o réu em um processo criminal, mas isso seria à toa? Ora, é sabido que o direito penal tutela a liberdade do indivíduo, podendo vir a restringir direitos dos quais o ser humano essencialmente preza bastante.

A não culpabilidade alocada no artigo 5º, LVII da Carta Magna brasileira, existe com fundamento justamente na proteção da pessoa do réu, que a todo momento dentro do processo penal tem sua inocência questionada, podendo estar sujeito a falhas dos julgadores e da sociedade das quais já foram comentadas em momento oportuno.

Em contrapartida, há os que ignoram a historicidade do processo penal e a necessidade do princípio da presunção de inocência como garantia Constitucional e de cunho protetivo aos direitos do réu. Em tempos de tensão política e de uma polarização de opiniões, o extremismo pode interferir em conceitos e princípios que são pilares de sustento para um Estado democrático de direito. Esta polarização que por vezes se evidencia no Brasil, acaba por envolver questões como a não culpabilidade, de forma que as discussões são eivadas de

opiniões evidentemente políticas e extremistas, deixando de lado o verdadeiro objetivo deste princípio.

Temas como a aplicação das prisões cautelares e demais medidas penais são as mais comuns de serem debatidas quando o assunto é a presunção de inocência, uma vez que este princípio está estritamente ligado a pena. Um instituto tão delicado como a pena não pode estar dotado de parcialidade por quem a discute, há quem defenda uma filosofia de erradicar a presunção de inocência e outros que defendem fortemente a este mesmo princípio, mas ao ponto de ser protecionista demais.

Esta parcialidade acaba por cegar as pessoas que passam a não enxergarem mais a importância do princípio da presunção de inocência na guarda dos direitos fundamentais. Na sociedade brasileira é bem comum notar um espírito punitivo se elevando na mente de alguns que acabam tomando por alternativa a aplicação da pena de forma rápida e sem maiores averiguações, regredindo aos tempos inquisitoriais.

José Herval Sampaio Júnior, traz em sua tese, a ideia do princípio da presunção em tempos de culpabilidades irrefutáveis. Em outras palavras, o tema deste autor é que em momentos cujo delito é inegável e as provas são evidentes, o princípio da presunção de inocência ainda assim atua e acaba por prejudicar a punição a que merece o agente do delito. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

Ainda sob a perspectiva do referido autor, a corrupção no serviço público é um problema de longas datas e que martiriza dia a dia a esperança de um país íntegro e desenvolvido. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

E considerando essa perspectiva, José Herval Junior faz uma crítica à impunidade em meio a sociedade brasileira, principalmente no âmbito político, alegando a falta de punição á corruptos que ainda escapam da pena por serem presumidos inocentes em processos que são bastante demorados. Portanto, percebe-se uma crítica ferrenha ao limite de atuação da presunção de inocência por parte deste autor, tendenciosa a atacar pessoas que ocupam cargos políticos. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

O problema surge quando se pega casos isolados e os põem como regra, pois devido ao foco dos holofotes da mídia e a repercussão que gera qualquer escândalo no meio político, os atos a que são imputados pessoas investidas nestes cargos podem parecer óbvios, o que pode acabar influenciando muitos a defender cegamente a extinção da presunção de inocência do ordenamento jurídico, já que este só retarda e protege o político “bandido”. Contudo, não convém se deixar de lado que muitos são presos injustamente na sociedade como um todo, que vai muito além da política. (REIS, 2020)

O sentimento de impunidade na politicagem não tem como solução tirar do processo penal a não culpabilidade, pois isso mudaria todo o tratamento dado ao réu e afrontaria diversos preceitos constitucionais advindos de um Estado Democrático de Direito, atentando contra a própria dignidade humana e demais direitos. (REIS, 2020)

Mas a partir do posicionamento de José Sampaio Junior até então abordado –que aliás representa o pensamento de muitos, poderia ser afastada a aplicação do princípio da presunção de inocência? Primeiramente, no que concerne a uma possível evidência da prova ou certeza da autoria e materialidade do crime (prisão em flagrante), não se pode relativizar a aplicação do princípio da presunção de inocência, aliás, é dentro da ação penal que será feita a dosimetria da pena e a análise dos dispositivos legais para a contagem da mesma. (REIS, 2020)

Não só por isso, mas também porque nada impede que o agente tenha praticado o crime amparado por alguma excludente de ilicitude, ou ainda, que haja fatores que comprovem a não culpabilidade ou até mesmo ilegalidade na denúncia, seja dos policiais que prenderam em flagrante, seja da vítima. O processo penal está sujeito aos mais diversos tipos de ilegalidades e abusos, e tudo deve ser analisado cautelosamente através de um devido processo legal antes de impor pena a quem quer que seja.

Não obstante, se for o caso de garantia da ordem pública e segurança, há outras medidas cabíveis, tais como a prisão preventiva, não sendo necessária a antecipação da pena como forma de assegurar a ordem. (REIS, 2020)

O referido autor entende ainda que o anseio pela “efetivação da justiça”, a qual, na visão do autor, é a aplicação da pena de forma contrária ao texto do artigo 5º (dispositivo que é contrário a aplicação da pena antes de sentença transitada em julgado), não geram relativização da presunção de inocência. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

Veja-se seu posicionamento:

Em tempos de Lava Jato, com a publicidade das provas, delações, acusados e demais operações, a presunção de inocência parece estar cada vez mais relativizada e desmerecida em função da confiabilidade destinada aos delatores. Mas não se engane, essa relativização é apenas aparente! (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

O autor prossegue ainda afirmando:

Vale ressaltar que na sede pelo combate à corrupção, não se busca desconsiderar princípios como a presunção de inocência ou o devido processo legal. Aliás, na luta pela gestão transparente e honesta, estão inclusos o respeito ao acusado e a garantia de ampla defesa. Só assim, vivendo uma

verdadeira democracia (substancial) é que podemos voltar a sonhar com um país desenvolvido e justo. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

De fato, a sede pelo combate a corrupção e a luta pela gestão transparente e honesta não conflitam com nenhuma norma ou princípio, ora, que conjunto normativo seria contrário a estes aspectos? Com a devida vênia ao posicionamento adotado pelo autor, há um problema em seu modelo de combate a corrupção que extrapola os limites da razoabilidade e passa a infringir direitos e garantias.

A antecipação da pena quando ainda restam recursos de defesa e antes de uma sentença que, pautada no devido processo legal, atribua a culpa, não pode ser vista como forma de combate à corrupção. Infringir a liberdade de alguém do qual não se provou culpa pelo crime, não representa luta pela honestidade e transparência. Nada impede que a pessoa em processo criminal venha a ser considerada inocente posteriormente.

Ocorre que a mídia como possuidora de altíssima capacidade de influências e formação de opiniões, quando se envolve muito em certos casos, acaba por gerar um preconceito social contra o réu em processo. No âmbito político, Carvalho (2017) afirma que o “show midiático” muita das vezes põe os juízes julgadores como heróis e os réus, antes mesmo de sentenças definitivas, como culpados.

Em contra partida, a lentidão do devido processo e a evidência da autoria em um crime são argumentos que normalmente são utilizados para criticar a presunção de inocência. Contudo isso de dá em virtude de uma visão rasa sobre este princípio, ao ponto de não enxergar a essência de sua existência e os vários objetivos traçados já expostos por Moraes (2008), dentro os quais, a título de lembrança, cita-se a “norma de tratamento”, que consiste em conferir ao réu tratamento pelos julgadores como sendo inocente e não culpado.

De modo contrário ao argumento de que a presunção de inocência confere impunidade ao réu, José Sampaio Junior (2017) expõe:

O mais correto em um Estado que se intitula como constitucional democrático de direito é que tenhamos cautela e aguardemos a finalização do processo para condenar um suspeito, mas fica muito difícil acreditar na inocência quando vemos na imprensa tantas provas, acusações e indícios de autoria, tantas trapaças e negociatas como estamos presenciando na Câmara dos Deputados em uma clara tentativa de barrar as investigações contra o presidente Michel Temer. (SAMPAIO JUNIOR, 2017)

Carvalho (2017) por outro lado, acredita que:

Infelizmente, ultimamente tem-se caminhado na direção contrária ao que versa o princípio. O espetáculo midiático está cada vez mais presente no processo penal, transformando juízes em heróis nacionais e réus ou investigados que sequer foram denunciados, em culpados. (CARVALHO, 2017)

Raphael Carvalho (2017) considera “show midiático” o que José Sampaio define como poder midiático. Ocorre que, em virtude das incertezas e em decorrência da própria letra da norma constitucional e processual, o réu deve ser presumido inocente até que, no devido processo legal, este status seja quebrado, não podendo ser relativizado por causa da mídia ou qualquer outro meio de informação que não passe previamente pelo devido processo legal, único instituto capaz de trazer com maior segurança a verdade real dos fatos.

Face o exposto, conclui-se que, a adoção da presunção de inocência pelo ordenamento jurídico brasileiro não conflita com a efetivação da justiça, mesmo que o crime seja evidente, surge o problema quando há o pensamento deturpado de que para a efetivação deste tenha de ser atingido aquele. Ora, defender-se-á agora que o réu poderá ser preso antes de haverem provas realmente concretas e indiscutíveis?

A alegação que a justiça não é eficaz por que não se prende “bandido” por se presumi-lo inocente é algo contraditório, afeta completamente a ideia da ampla defesa e contraditório além de regressar aos tempos da inquisição, pois se de fato houvesse provas concretas, não haveria motivos para procrastinação. Ocorrendo uma certa demora para a condenação em definitivo, é de decorrência lógica a dedução que há a necessidade de uma análise mais delicada das provas e da defesa.

O que pode estar havendo na verdade é uma confusão, em que a culpa pela demora processual ou outros aspectos negativos estão recaindo no princípio da presunção de inocência, induzindo a uma solução completamente inviável que é se tornar favorável à extinção do princípio da não culpabilidade. Não é passar por cima de direitos e garantias fundamentais e humanitários para satisfação do desejo de vingança que se chegará na justiça ou no combate à corrupção, isso seria apenas uma medida desesperada e irracional de tentar resolver o problema em troca da liberdade de um possível inocente.

Dessa forma, desconsiderar um princípio com tamanho protagonismo dentro do processo penal e que carrega consigo inúmeros aspectos dos direitos humanos, direitos fundamentais ao passo que reflete a postura de um Estado democrático de direito, seria “rasgar” a Constituição Federal, e abrir brecha para os mais diversos tipos de abusos e injustiças, tais como na época da idade média.

Este assunto leva a outro bastante pertinente e que diz respeito ao entendimento favorável ou não a antecipação da pena para antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, a saber, a prisão em segunda instância, que será discutida no tópico logo abaixo. Para tanto, as posições de José Sampaio serão bastante importantes para a discussão do tema e, por vezes, coincidirá com o entendimento de certos ministros acerca da prisão em segunda instância.

3.3 Princípio da presunção de inocência e a prisão em segunda instância

Em se tratando de presunção de inocência, é vital que se mencione as recentes medidas adotadas pelo STF. Em verdade, é um dentre os temas que mais foram ventilados na atualidade e possui implicações diretas com a aplicação da presunção de inocência na área criminalista. Com o entendimento favorável do STF sobre a prisão em segunda instância e sua retratação posterior, foi gerada uma onda de opiniões acerca desta possibilidade, afinal, interesses políticos, jurídicos e afins foram acionados quando o a Suprema Corte se posicionara sobre o tema. (REIS, 2020)

O Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma contraditória duas vezes em um átimo de tempo, apresentando-se inicialmente a favorável à prisão em segunda instância e logo após voltando atrás em seu entendimento. Esta postura bipolar a Suprema Corte resultou em uma euforia dentro do âmbito jurídico e um embate político muito acirrado, gerando desconfiança na população de uma possível parcialidade do Supremo Tribunal Federal, que oscila conforme quem é réu. De fato, foi a atitude do STF foi algo inédito, “fora da curva” por assim dizer, haja vista a insegurança jurídica gerada por mudanças de posicionamento tão repentinos. (REIS, 2020)

Mas afinal, qual o entendimento que vigora atualmente no STF? A tese de que é inconstitucional a aplicação da prisão em segunda instância. Conforme os ministros que votaram contra esta medida, empregar a prisão ao réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é violar ordem expressa da Constituição, que traz expressamente a pena como providencia posterior a coisa julgada, quando não mais restar recursos pendentes. (REIS, 2020)

Veja-se o que acentua a Carta Magna brasileira a respeito da presunção de inocência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988)

A tentativa de tornar legítima a prisão em segunda instância atenta flagrantemente contra o próprio texto Constitucional que é claro e suficiente. Favorecer esta pena é ferir a supremacia da Constituição e extrapolar todo e qualquer limite de interpretação à norma constitucional, pois qualquer tentativa de antecipar a pena em definitivo da sentença é contrariar a Carta Maior. (SILVA, 2019)

Quando o legislador afirma que só será culpado após sentença penal condenatória transitada em julgado e limita as medidas cabíveis a este momento, há uma razão de ser. Além da importância para a garantia dos direitos fundamentais e da evolução histórica da não culpabilidade, o indivíduo ser preso somente quando é efetivamente lhe atribuído culpa é algo lógico. Outrossim, a culpa ser atribuída somente em sentença transitada em julgado não afronta qualquer aspecto da razoabilidade, pelo contrário, contempla-a. (SILVA, 2019)

Por outro lado, a ministra Cármen Lúcia, em seu posicionamento, afirma que não há ilegalidade na prisão em segunda instância, segundo ela, o direito penal existe no intento de garantir que haja o cumprimento das penas, motivo pelo qual muitos clamam pela antecipação da pena (como o juiz José Herval Junior citado anteriormente), de forma que sem a certeza da pena o que resta é a sensação de impunidade. (REIS, 2020)

Ocorre que que é impossível alegar não haver ilegalidade quando atenta diretamente contra o texto Constitucional que remonta claramente a vontade do legislador ao estabelece-la, de todo modo, é irracional a aplicação da pena antes da culpa, pois nada impede uma condenação injusta, que aliás, muito tem ocorrido como se pode observar nos noticiários e jornais. (REIS, 2020)

A falta de celeridade processual não é fato novo no Brasil, mas isso não justifica o anseio pela relativização de um princípio tão basilar como solução para a lentidão. A sede de punição se mostra muitas vezes maquiada com argumentos de luta contra a corrupção e criminalidade e só oferece riscos ao processo penal, e mais, ao réu, de quem não se pode cobrar pena antes que se prove sua culpa. Então, outras medidas menos desesperadas e irracionais devem ser adotadas para combater a ausência da celeridade dentro do processo penal. (SILVA, 2019)

Não obstante, o ministro Celso de Melo deixa sua contribuição acerca do tema ao afirmar que a presunção de inocência não interfere na prisão antes do trânsito em julgado quando ela é necessária, pois é completamente cabível as medidas acautelatórias quando necessárias. Aliás, em se tratando das prisões cautelares (que serão aprofundadas no próximo capítulo), é de

suma importância mencionar –diga-se de passagem– que sua legalidade se revela na medida em que elas são utilizadas de forma cautelar, em nunca como antecipação da pena, ora, a prisão em segunda instância é justamente adiantar a punição do agente para antes do trânsito em julgado, o que a torna abusiva e inconstitucional. (REIS, 2020)

Conclusões precipitadas levam a erros, e acusações mal fundamentadas ou embasadas somente no “show midiático” e no “achismo”, não podem ser amparados pelo direito como ciência cujo papel é a justiça. O problema surge quando a sede de vingança e a pretensão punitiva enseja no desejo desesperado pela prisão de alguém quando ainda restam recursos pendentes. (SILVA, 2019)

Contudo, é plenamente compreensível que na atualidade, e diante de um cenário de alto índice de violência, em que a população anseia cada vez mais por uma postura mais intrusiva do Estado no combate à criminalidade, que se busque medidas como a prisão em segunda instância. Certo de que após condenação em segunda instância restam ainda poucos recursos pendentes, questiona-se se de fato a presunção de inocência não estaria limitando muito a aplicação da pena. (REIS, 2020)

Nesse caso, muitas justificativas para que haja a prisão em segunda instância, tal como a da ministra Cármen Lúcia. O ministro Roberto Barroso por exemplo, afirma que a presunção de inocência, como todo princípio, pode sofrer ponderações, pois não se trata de um preceito absoluto, na verdade, nenhum direito no ordenamento pátrio é absoluto. Tal ponderação seria nos conformes do princípio da proporcionalidade advindo do direito Constitucional que compõe três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade. Assim, poder-se-ia haver uma análise de forma aprofundada se, diante das exigências sociais e do cenário vivido, ponderar esse princípio para adequá-lo as necessidades atuais seria viável. (REIS, 2020)

Para o ministro Roberto Barroso, o pressuposto para a condenação à pena aplicável não é o esgotamento de todas as formas de defesa e recursos, mas sim da ordem escrita e devidamente fundamentada da autoridade judiciária que seja competente. Percebe-se, pois, que há uma tentativa por parte do referido ministro, de justificar a prisão em segunda instância mudando o que seria considerado o seu ponto de partida, uma interpretação válida inclusive. (REIS, 2020)

O problema maior está no fato da expressa redação do artigo 5º, LVII da CF, que redigido de forma clara e inequívoca, elimina qualquer forma de interpretação ou ponderação a ser feita de seus termos, pois demonstra a clara intenção do legislador de atribuir culpa somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (REIS, 2020)

Para que seja possível uma maior discussão sobre o tema e para se tomar decisões mais acertadas sobre esse princípio, deve-se primeiramente haver uma mudança no texto constitucional, em respeito a própria soberania e supremacia da CF, para que então seja possível uma análise mais eficaz conforme as exigências atuais. Sem dúvida, há maneiras de se chegar na melhor solução para o problema, sem que haja polarizações. Para tanto, deve-se primeiramente haver uma emenda capaz de modificar a redação dada ao artigo 5º, LVII. (REIS, 2020)

Porém, até então, a prisão em segunda instância não pode prevalecer no Brasil, pois implica em flagrante violação à supremacia constitucional, já que se trata de antecipar a pena para antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (REIS, 2020)

Mariana Schreiber entende que mudanças devem passar por alterações na Constituição. A referida autora alega que:

Mesmo alguns juristas que entendem que pode ser positivo o Brasil convergir para a realidade de outros países ressaltam que isso exigiria alterar a Constituição. Tanto é assim, argumentam, que o ex-ministro Cezar Peluso, em 2011, quando era presidente do STF, propôs ao Congresso uma emenda constitucional que abriria espaço para prisão após condenação em segunda instância. (SCHREIBER, 2018)

A professora Heloisa Estellita, sendo mencionada por Mariana Schreiber, apresenta uma crítica contra uma possível adoção de um entendimento favorável a prisão em segunda instância, questionando: “é muito grave. Se o Supremo, que deveria ser guardião da Constituição, descumpre uma norma constitucional, por que você ou eu vamos cumprir a lei?”. (SCHREIBER, 2018)

Mas em se tratando de mudanças, qual seriam os impactos de uma possível nova interpretação dada à presunção de inocência? Nos Estados Unidos, é plenamente aceita a prisão em segunda instância, nesse país, assim como em diversos outros da Europa, é cediço um acordo com o réu em que este, uma vez aderindo-o, abre mão dos recursos cabíveis e tem um desconto na pena. De todo modo, não sendo aceito esse acordo, o réu aguardaria seu recurso em uma segunda instância já preso. (SCHREIBER, 2018)

Ocorre que as penas são muito severas nos Estados Unidos, e também muito altas, o que acaba por levar muitos réus em processo criminal, mesmo inocentes, a aceitarem o acordo como melhor opção, segundo o que diz Jed Rakoff (2014) citado por Mariana Schreiber (2018).

Jed Rakoff faz uma crítica contundente a esse modelo, pois muitos inocentes são levados a prisão. Essa medida, embora eficiente tão somente para sistemas penais sobrecarregados, em

nada contribuem para a diminuição da violência ou para o combate à criminalidade. No sistema penal Norte Americano, o que piora ainda mais a situação é o fato de que para aqueles que resolvem defender sua inocência e não aderir ao acordo, permanecem presos em aguardo ao processo em liberdade na segunda instância. Esse fato faz com que os Estados Unidos fique entre um dos maiores Estados com um número elevado de presos provisórios. (SCHREIBER, 2018)

Esse cenário revela algo extremamente grave em pleno século XXI, e vários países da Europa seguem o mesmo modelo adotado pelos Estados Unidos. Volta-se a afirmar que outras soluções devem ser tomadas para solucionar o fato de existirem muitos recursos dentro do sistema penal brasileiro, que não relativizar um princípio tão importante como a presunção de inocência. (SCHREIBER, 2018)

No Brasil, muitas leis são ignoradas, é notório na prática que diversos presos vivem em situações precárias e desumanas. A título de exemplo, homens que são acusados de estupro sofrem diversos abusos dentro de um sistema penitenciário, crime este que é muito comum inclusive de haver acusações falsas e equívocos.

A adoção de um instituto que ofereça proteção ao réu é de extrema importância para o ordenamento pátrio, ainda mais quando o que se oferece é a oportunidade de garantir defesa ao réu para que possa lutar pela sua inocência. Claro que nem todos são inocentes e “bonzinhos”, mas outras medidas (tais como as prisões processuais) estão à disposição do direito penal como forma de garantir a aplicação da pena e prevenir novos atos atentatórios.

Lembra-se que a presunção de inocência dentro do processo penal, não se limita somente em atribuir culpa após sentença transitada em julgado, pois dessa garantia decorrem várias outras, como é o caso do tratamento dado ao réu. Na Inglaterra, por exemplo, segundo o professor Auke Willems, citado por Mariana Schreiber (2018), as penas ocorrem de forma imediata, muito embora haja recurso, pois não há presunção de inocência, o status do réu já é de condenado. E dessa forma, a defesa do réu fica extremamente limitada, o valor atribuído à liberdade do réu, que deveria ser elevado, é na verdade reduzido, isso dificulta até mesmo a defesa e põe o réu que pode ser inocente em uma situação de desespero. (SCHREIBER, 2018)

Então, mesmo diante de uma análise acerca da possibilidade da prisão em segunda instância, muitos aspectos devem ser sopesados, para evitar que inocentes sejam condenados e para que não se adote medidas que ponham o réu diante de uma escolha extremamente complicada ao ponto de ter de escolher qual a menos pior, como no caso de acordos em um cenário de penas elevadas, aliás, acordos estes bastante questionáveis.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS PRISÕES

4.1 A pena no direito penal

A ideia de pena sempre existiu na humanidade em todas as épocas e contextos, até mesmo em povos que podem ser considerados os mais primitivos utilizavam-se da pena. Isto, pois é um ato necessário para a garantia da ordem social dentro de um grupo.

Entretanto, a pena era cruel em certos tempos. As civilizações antigas não possuíam uma ideia consolidada a respeito da pena, pois não levavam em conta a dignidade humana. Quando se fala em período turbulento da história, faz-se necessário fazer menção à fase da mesopotâmia, época em que a população se norteava através do código de Hamurabi para implantação de penalidades pela prática de atos criminosos.

Pode-se destacar também como exemplo disso as barbáries uma vez praticadas no período da idade média, conhecida como idade das trevas, época em que estava sob regimento o sistema inquisitorial.

Com a declaração dos direitos humanos e o reconhecimento da dignidade humana pelo atual Estado democrático de direito, a pena não mais poderá utilizar da tortura ou qualquer meio truculento para reprimir o criminoso, ademais, ela recebe a missão também de ressocialização, não mais sendo somente retributiva², uma vez que, o direito penal visa proteger os bens jurídicos e efetuar o controle social, garantindo, assim, a incolumidade das pessoas e a ordem jurídica.

Para tanto, o direito penal utiliza-se da força para reprimir os atos contrários à lei que sejam considerados crimes. Por esta força, se entende a pena efetivamente aplicada a quem pratica crimes. As penas no ramo criminal podem ser de três tipos: prisão privativa de liberdade (PPL), prisão restritiva de direito (PRD) e multa.

A pena privativa de liberdade consiste no meio de execução de pena pelo qual o criminoso deve permanecer recluso em regime fechado, aberto ou semiaberto. Esta modalidade de sanção é tratada pelo Código Penal em seus artigos 33 a 42.

No regime fechado a pena deve ser superior a 8 anos e com limite de 30 anos. Deve ser cumprida em cárcere de segurança média ou máxima. O condenado poderá trabalhar durante o dia em meio ao ambiente interno do estabelecimento penal. Esta atividade deve ser remunerada

² A capacidade retributiva da pena dentro do direito penal diz respeito a retribuição, isto é, a compensação pelo que fora praticado pelo agente, é aplicada como punição ao condenado pelo mal que foi cometido. (COSTA, 2020)

e o salário não é inferior a $\frac{3}{4}$ ao valor de um salário mínimo. Ademais, terá direito a menos um dia de pena a cada 3 dias de trabalho.

No regime aberto o delinquente deve ter tempo de cumprimento inicial de pena inferior a 4 anos. Terá a liberdade para trabalhar e frequentar cursos durante o dia. Entretanto, durante o período noturno, será obrigado, dentro do horário estipulado, a recolher-se em casa de albergados, outrossim, nos dias de folga deve também permanecer recluso.

Já no regime semiaberto, o período de cumprimento da pena deve girar em torno de 4 a 8 anos, podendo, assim como no regime aberto, realizar cursos e trabalhar, porém, deverá ocorrer em colônias agrícolas ou industriais ou em empresas uma vez designadas para esta função.

Por fim, faz-se necessário fazer uma breve menção acerca do regime disciplinar diferenciado e do regime especial. O primeiro é regido pelo artigo 52 da Lei de Execução Penal, nele é especificado que o recolhimento de cada um deve ser realizado em cela individual. Já o segundo, estabelecido também pela Lei de Execução Penal, artigo 37, ressalta que deve existir um estabelecimento próprio para o cumprimento de penas para as mulheres.

Agora, no que tange a segunda modalidade de pena citada, a pena restritiva de direito, previstas no Código penal, artigos 43 a 48, como o próprio nome diz, é aquela em que o condenado, ao em vez de ter sua liberdade restringida, sofrerão determinadas limitações aos seus direitos.

É possível observar que no artigo 44 do CP, fica estabelecido que somente será aplicada este respectivo tipo de pena ante uma prévia análise e delimitação de determinada pena privativa de liberdade, ademais, ficam especificadas as exigências necessárias para que haja a concessão da pena privativa de direitos, veja-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (BRASIL, 1940)

Fazendo uma breve análise acerca dos incisos referentes ao artigo anteposto, conclui-se que a pena privativa de direitos será aplicada quando a pena privativa de liberdade não ultrapassar, no caso em que o crime for doloso, a duração de 4 anos, ademais, o ato não pode ter sido cometido com grave ameaça ou violência à pessoa. Além disso, em casos de reincidência, aquelas que não se tratam do mesmo crime, caso seja socialmente recomendável, poderá haver a substituição da pena.

Outra possibilidade de substituição de pena ocorre caso o período de cumprimento estabelecido seja inferior ou igual a um ano, havendo assim, a possibilidade de substituir por pena de restrição de direitos ou multa. Caso o prazo seja superior a um ano, existe a possibilidade de aplicação da multa e pena restritiva de direito ou poderá conceder duas restritivas de direito.

No artigo 43 do Código Penal, são feitas as especificações de quais seriam as possibilidades de penas restritivas de direito:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940)

A primeira espécie de pena privativa de direitos tratada pelo Código Penal é a prestação pecuniária. A mesma consiste na priorização do pagamento à vítima ou dependentes, em dinheiro, fixado pelo próprio juiz, não podendo ser inferior ao valor de um salário mínimo e nem superior a 360 salários mínimos. Se porventura houver a ausência de vítima indeterminada ou determinada, o pagamento deverá ser direcionado a entidades privadas ou públicas.

A perda de bens e valores consiste na transferência de bens e valores ao próprio Fundo Penitenciário Nacional, porém, esta perda limita-se à equivalência do valor causado pela infração penal. Entretanto, causa grande divergência em meio ao Ordenamento Jurídico brasileiro, por isso, seu uso quase não se faz mais presente na atualidade.

O artigo 46 do Código Penal discorre acerca das prestações de serviços à comunidade ou a entidades públicas:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 1940)

Assim, compreende-se que esta espécie de pena somente será aplicável caso a pena privativa de liberdade exceda 6 meses e seu cumprimento dar-se-á nas instituições uma vez mencionadas no artigo.

Por fim, de acordo com Hellen Renata Santos Neto (2015), existem 5 diferentes formas de aplicação da interdição temporária de direitos, dentre elas pode-se citar:

Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (NETO, 2015)

Em conclusão, vale ressaltar que caso o criminoso venha posteriormente a descumprir a pena restritiva de direito, esta acabará por se tornar privativa de liberdade.

Finalmente, a última modalidade de pena presente no ordenamento jurídico Brasileiro é de multa, conhecida também como pecuniária, prevista no Código Penal, artigo 49 a 52. As multas são uma forma de punição onde, serão cobrados valores calculados em dias-multa, estes valores serão destinados ao fundo penitenciário. A pena de multa pode ser de punição única,

pode ser aplicada cumulativamente com a PPL ou pode ocorrer de forma alternativa. (ROMANO, 2019)

Ao que diz respeito a fixação do valor da multa a ser paga, vigora no Superior Tribunal de Justiça (STJ) o entendimento de que a quantidade a ser estipulada de dias multa deverá ter como referência a culpabilidade do réu, conforme o artigo 59 do Código Penal. Isto, pois concretiza a individualização da pena, que leva em conta as peculiaridades do agente e do crime cometido, sendo estipulado por lei, o mínimo de 10 dias-multas. Da mesma forma, o valor a ser pago dos dias-multa deve-se encontrar dentro dos parâmetros legais, haja vista que o mínimo é de 1/30 e o máximo de até 5 vezes, ambos referentes ao maior salário mínimo vigente no tempo do fato. (COIMBRA, 2008)

Em virtude do rigor que é uma pena, ainda mais em se tratando de PPL, já que restringe a própria liberdade, para que seja aplicada contra alguém, deve haver toda uma estrutura capaz de maneira eficaz, provar a materialidade e autoria. Assim, deve haver uma investigação criminal, posteriormente uma ação penal, momento em que será apresentada provas e o contraditório e, posteriormente, uma sentença. Ao final, após a sentença, deve ser garantido todos os meios recursais cabíveis para a defesa do acusado. Uma vez esgotadas todas as formas de defesa, tem-se a coisa julgada, e só então o réu receberá a pena devida.

Uma das penas, portanto, é a prisão, que se confunde justamente com a PPL (pena privativa de liberdade). Em sendo a prisão uma pena, todo o rigor procedimental acima exposto deve ser seguido. Porém, dentro do processo penal, há o que se entende pelas prisões cautelares, que são aplicadas no decorrer processual antes da sentença quando existir certos requisitos que as acionam, além disso, existem outras possibilidades de prisão antes da sentença penal condenatória em definitivo, como em caso de flagrante e delito, por exemplo. Estas e outras formas de prisão ainda no liame processual, compõe o objeto de estudo deste próximo tópico.

4.3 Prisões processuais e a presunção de inocência

A prisão processual é uma medida adotada de forma provisória e realizada de forma excepcional, isto, pois sua função principal é acautelatória, visando a proteção social e a garantia da própria percução criminal. Como o próprio nome induz, é aplicada ainda dentro do processo antes da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Com efeito da adoção da presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro, de cara iniciou-se uma série de discussões doutrinárias, das quais muitas fazem referência ao instituto destas prisões cautelares, já que são aplicadas aparentemente de forma contrária ao

artigo 5º, LVII da Constituição. A princípio, em uma conclusão precipitada foi excogitado que elas pudessem ter sido revogadas com o advento do artigo 5º, LVII da CF. (CARVALHO, 2017)

No entanto, tal ideia não vigorou, pois é nítido que a presunção de inocência em nada impede a decretação de medidas cabíveis quando necessárias. Isto, pois as chamadas prisões processuais possuem uma finalidade diferente da pena condenatória, pois visam não castigar o réu, tão pouco a antecipação da pena, mas assegurar a ordem pública, incolumidade das pessoas e o próprio andamento da investigação. Tanto que para a adoção dessas medidas deve-se restar comprovado o fim acautelatório através dos requisitos legais, tais como as do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Wanderlei José dos Reis (2020) expõe:

No que tange às prisões cautelares – também denominadas de prisões processuais ou provisórias, em qualquer uma de suas espécies: prisão em flagrante, preventiva ou temporária –, o princípio da presunção de inocência impede que se configurem uma espécie de punição antecipada ao réu. Assim, por força deste postulado, a restrição de direitos do réu antes do julgamento é ilidida, mas não de uma forma absoluta, como pode ser depreendido da admissibilidade da prisão cautelar ou provisória, que não pode, em nenhuma hipótese, se apresentar como um castigo antecipado, devendo, então, revelar-se sempre como medida assecuratória vinculada a real necessidade de sua imposição, como no caso das hipóteses legais do art. 312 do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos em que a prisão preventiva poderá ser decretada – garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal –, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos da prisão preventiva) e uma vez atendidos os demais requisitos legais ou condições de admissibilidade da medida. (REIS, 2020)

A presunção de inocência não pode interferir a ponto de prejudicar a ordem pública e a incolumidade das pessoas. Se um réu está sendo julgado por crimes altamente lesivos, é reincidente e apresenta uma clara ameaça para a sociedade, se todos os demais requisitos permitirem, certamente deve-se decretar sua prisão ao longo do processo para que a sociedade não fique sujeita a novos atos criminosos. (CARVALHO, 2017)

Não obstante, a própria garantia do processo criminal em certas circunstâncias, depende do réu permanecer preso, caso contrário, sua liberdade seria um risco para as provas existentes e para a conclusão do inquérito policial. A conclusão, portanto, é que a necessidade de recorrer às prisões cautelares não interfere na presunção de inocência que por sua vez continuará a exercer seus efeitos durante o processo penal, da mesma forma este não pode obstar as conhecidas prisões processuais.

4.3.1 Da prisão preventiva

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar. Como mencionado no tópico anterior, a prisão cautelar objetiva a segurança e eficácia do processo, sendo designada antes do trânsito em julgado de determinada sentença condenatória. Além disso, salienta-se que a prisão cautelar é o gênero o qual compreende além da preventiva, as prisões temporárias e em flagrante, por exemplo. (BARBOSA, 2020)

A natureza cautelar da prisão preventiva se dá em virtude de seu caráter excepcional, decretada com intuito de garantir a segurança social ou até mesmo o próprio prosseguimento da investigação. Não é intento desta pena, portanto, punir o agente antes da imputação de culpa pelo ato em apreço, mas sim garantir certos cuidados a serem tomados, como é o caso da análise da periculosidade do réu em caso de acompanhar o processo penal em liberdade. (BARBOSA, 2020)

Destarte, como espécie de prisão acautelatória, o seu emprego deve encontrar-se em consonância com o artigo 282 do Código de Processo Penal, onde constam requisitos para a fixação de uma medida cautelar e diretrizes para sua aplicação:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

§ 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL, 1941)

E ainda, a aplicação da prisão preventiva não é de livre arbítrio do julgador ou outra autoridade, as hipóteses de sua incidência só poderá ocorrer mediante indícios suficientes da materialidade do crime e de autoria, juntamente com os requisitos alocados no Código de processo penal que fundamentem o motivo da privação de liberdade do réu. (BARBOSA, 2020)

Dessa forma sustenta os artigos 311 e 312 do CPP:

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)

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. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

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

Portanto, este meio acautelatório, embora possa ser aplicado em qualquer tempo dentro do processo penal, deve ter como fundamento para sua aplicação, dentre outras causas, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal ou ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, desde que com indícios suficientes de autoria e materialidade para justificar a prisão do réu. Ora, é inconcebível deixar a população a mercê de alguém que, tendo indícios de sua autoria e da prática do crime, pode voltar a praticar barbáries contra inocentes, neste caso, prender-se-á o réu antes da sentença penal condenatória para assegurar a ordem pública. Da mesma forma, para garantir o andamento da investigação e também a aplicação da pena quando o agente demonstra claros sinais de fuga. (FILHO, 2020)

Esses dentre outros casos são motivos que fundamentam a prisão preventiva mesmo diante de um princípio que impede a culpa antes da sentença transitado em julgado que assim o diga.

E ainda, objetivando evitar abusos ou ir contra os preceitos da Constituição federal, o último parágrafo do citado artigo 312 traz em seu último parágrafo que a decisão pela prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada, de forma que a mera alegação de risco a ordem pública ou qualquer outro argumento geral não são capazes de justificar sua aplicação, devendo ser efetivamente comprovado este risco. (OLIVEIRA, 2007, p. 414)

A necessidade de fundamentação das prisões cautelares, advém justamente do preceito constitucional da não culpabilidade. Já que o indivíduo é presumido inocente, toda forma que vise privar sua liberdade deve ser efetivamente comprovada, não podendo alegações rasas serem suficientes para atentar contra a liberdade de alguém que ainda não é culpado.

Eugênio Pacelli Oliveira (2007, p. 414), afirma o seguinte:

[...] O reconhecimento da *situação jurídica* de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação de liberdade, tendo em vista que só o judiciário poderá determinar a prisão de um *inocente*. E mais: que essa fundamentação seja construída em *bases cautelares*, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da *indispensabilidade* e da *necessidade* da medida. (OLIVEIRA, 2007, p. 414)

Além das observâncias do artigo 311 e 312, a aplicação da prisão cautelar em tela deve se ater ainda aos requisitos do artigo 313 do CPC, os quais uma vez ausentes, não poderá dar ensejo a prisão preventiva, devendo todos eles serem observados, são eles:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - 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;

III - 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;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de

investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (BRASIL, 1941)

Com isso, pode-se concluir que esta prisão –assim como todas as demais acautelatórias– não tem o condão de antecipar a pena para antes da culpa, e sim de assegurar a continuidade do processo e a incolumidade da sociedade. A observância dos requisitos para a concessão desta prisão são justamente uma forma de limitação da mesma, assegurando o cidadão em processo de acusação tenha total gozo de seus direitos indispensáveis e inerentes, incluindo a ampla defesa, o princípio do contraditório e o devido processo legal. (FILHO, 2020)

É necessário dar grande ênfase à proteção da presunção da inocência em meio ao processo e andamento da prisão preventiva, dado que, todas as suas etapas e quesitos são analisados visando à proteção do suspeito caso sua inocência venha a ser comprovada.

Por fim, urge a necessidade de mencionar uma importante mudança de paradigma advinda da Declaração dos Direitos do Homem, pós Revolução Francesa, que em seu artigo 9º, conforme traz Pereira (2017), tem-se a seguinte redação:

Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (PEREIRA, 2017)

Então, conforme brilhantemente expõe o referido autor, mesmo diante da necessidade da aplicação de qualquer pena acautelatória, seja prisão preventiva seja outras espécies, deve-se ainda evocar a presunção de inocência para lembrar que o máximo de cuidado e proteção deve ser dado, a fim de evitar consequências futuras de penas desproporcionais inclusive em caso de tratar-se de um inocente.

Neste mesmo sentido, Fernandes e Filho (2002, p. 233-234) fazem alusão a relação entre as prisões cautelares e o princípio da presunção de inocência:

Constituindo a liberdade física do indivíduo um dos dogmas do Estado de Direito, é natural que a Constituição fixe certas regras fundamentais a respeito da prisão de qualquer natureza, pois a restrição ao direito de liberdade, em qualquer caso, é medida extraordinária, cuja adoção deve estar sempre subordinada a parâmetros de legalidade estrita. (FERNANDES; FILHO, 2002, p. 233-234)

E sobre estas regras fixadas para atender a importância que é a liberdade de um indivíduo na sociedade atual, Fernandes e Filho (2002, p. 233-234) ainda expõem:

No caso da prisão cautelar, essas exigências se tornam ainda mais rigorosas, diante do preceito constitucional segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII, CF); em face do estado de inocência do acusado, a antecipação do resultado do processo representa providência excepcional, que não pode ser confundida com a punição, somente justificada em situações de extrema necessidade. (FERNANDES; FILHO, 2002, p. 233-234)

Esses cuidados e medidas são aplicadas a todas as prisões cautelares: preventiva, flagrante, temporária. Sempre na necessidade da pena, dever-se-á ter como norte o princípio da presunção de inocência, este outrora chamado como estruturador do direito processual penal.

4.3.2 Da prisão temporária

A prisão temporária também possui natureza cautelar, como tal, deve as mesmas observâncias e características da prisão preventiva, tais como o caráter excepcional, além de também não se confundir com antecipação da pena. A diferença é a forma com que ela se dá no processo penal, pois diferentemente desta, aquela é aplicada com prazo determinado, cujo tempo não pode ultrapassar 5 (cinco) dias, podendo ser prorrogado por mais cinco desde que comprovada a extrema relevância da extensão do prazo. (TALON, 2017)

Sua decretação se dá somente pelo juiz com a representação da autoridade policial ou Ministério Público durante o inquérito policial. O objetivo desta prisão é servir como recurso para garantir a eficiência da persecução criminal contra atos do acusado que é suspeito de atrapalhar na investigação, seja eliminando vestígios seja outros fatores. (TALON, 2017)

De todo modo, sua aplicação deve também ser fundamentada em respeito a presunção de inocência do réu, além disso, esta espécie cautelar também possui requisitos com a mesma finalidade de evitar abusos ou sua utilização como antecipação da pena, os quais se abrigam no artigo 1º da lei 7.960/89, quais sejam:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); [...] (BRASIL, 1989)

O rol de crimes é taxativo, só podendo esta prisão ser aplicada aos delitos expressos no artigo 1º, III da lei 7.960/89. A propósito, no que diz respeito a estes incisos como sendo os requisitos para a aplicação da prisão temporária, cabe mencionar que a doutrina, de forma majoritária, entende que para privar a liberdade do acusado por meio desta medida, o inciso III deve estar presente concomitantemente a um dos outros dois incisos, pois essa seria a forma mais razoável para privá-lo de sua liberdade e justificar o motivo da prisão e a não infringência ao princípio da não culpabilidade. (TALON, 2017)

4.3.3 Da prisão em flagrante

Como já mencionado anteriormente, a prisão em flagrante, amparada pelos artigos 301 a 310 do Código de Processo Civil, assim como a preventiva e a temporária, é um tipo de prisão cautelar. Entretanto, esta nova modalidade de prisão se diferencia das duas ao passo que, pode ser concretizada por qualquer pessoa no momento em que alguém for encontrado em flagrante delito, ou seja, o delito que está acontecendo no exato momento. (FANTECELLE, 2020)

A partir disso, faz-se necessário dar ênfase ao que diz o artigo 302 do CPP:

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, grifo meu)

Da leitura desse dispositivo, nota-se que há alguns elementos que caracterizam o flagrante, e, dependendo da forma com que o flagrante se dá, podem ser de três tipos, a saber: flagrante próprio, flagrante impróprio e o flagrante presumido. (FANTECELLE, 2020)

Enquanto o flagrante próprio é aquele que teve sua prisão efetivada enquanto o agente estava cometendo o ato ou logo após cometê-lo (incisos I e II do artigo 302 do CPP), o flagrante impróprio é aquele que assim que houve a consolidação da conduta é perseguido logo depois, deixando a presunção de sua autoria (inciso III do artigo 302 do CPP). Já o flagrante presumido consiste no caso do agente ser encontrado logo após o ato com as armas ou objetos que o tornam passível de ser o autor do crime, conforme inciso IV do artigo 302 do CPP. (FANTECELLE, 2020)

Não obstante, a doutrina traz ainda outras modalidades de flagrante, dentre os quais alguns são tidos como ilegais, portanto, não aceitos pelo ordenamento jurídico para fins de aplicação de pena, são eles:

O flagrante forjado, que se funda na criação proposital de uma situação fática, um caso que foi maquiado para que houvesse a injusta condenação de alguém, claramente, este tipo de flagrante encontra-se completamente defeso por lei, não poderia ser diferente, já que se trata de uma incriminação mentirosa contra um inocente. Por outro lado, o flagrante retardado, penalmente aceito, consiste em um ato estratégico da polícia ou de quem quer que esteja presenciando um ato em flagrante, de esperar e não prender o agente no momento, no intento de descobrir mais possíveis criminosos envolvidos ou qualquer outra informação útil. (FANTECELLE, 2020)

Um exemplo típico desta espécie de flagrante é o policial que, vendo uma pessoa conduzindo uma quantidade elevada de droga, espera o delinquente chegar ao destino, onde possivelmente terá outros criminosos, a fim de aplicar as medidas cabíveis a todos os envolvidos (FANTECELLE, 2020)

O flagrante compulsório diz respeito ao dever imediato da força policial e agentes de praticar a prisão e flagrante. Por fim, o flagrante esperado ocorre quando os policiais esperam até o momento da prática do ato para prender o agente, como por exemplo, o agente policial que sabe que terá um assalto ao caixa de determinada localidade e dirige-se para lá com reforços, a fim de, no horário em que ficou sabendo que aconteceria o assalto, pudesse dar voz de prisão aos criminosos. Este último caso também é plenamente aceito pelo ordenamento pátrio. (FANTECELLE, 2020)

É pertinente enfatizar novamente que o ordenamento jurídico pátrio autoriza qualquer pessoa, podendo, a prender em flagrante, os que atuam na segurança pública por outro lado, possuem o dever de efetuar a prisão. Portanto, qualquer do povo ao se deparar com uma situação em flagrante tem o direito de agir legalmente respaldado pelo exercício regular do direito, por outro lado, os que atuam na segurança pública possuem o dever de agir, fazendo valer o estrito cumprimento do dever legal. A legitimidade ativa para a prisão em flagrante, pois, é uma das características inovadoras do direito penal. (FANTECELLE, 2020)

Ademais, para que haja a concretização da prisão é necessário que, além dos requisitos do artigo 302 do CPP, haja presença do *fumus comissi delicti*, ou seja, prova de que o crime realmente tenha ocorrido, juntamente com os indícios de sua autoria. (FANTECELLE, 2020)

Dessa forma, é fácil perceber que a prisão em flagrante é resguardada pelo princípio da presunção de inocência, uma vez que somente será concretizada caso o criminoso tenha sido

pego no momento do crime ou que todos os indícios indiquem sua autoria. Ademais, pode-se notar que existem vários pré-requisitos e fases em que serão analisados os fatos que comprovam a autoria de determinado delito, e mais, será oportunizada a possibilidade de defesa por parte do acusado.

E ainda, a prisão em flagrante se dá através de seis fases para que sua concretização seja dada de forma justa e legal, são essas, respectivamente: prisão-captura, condução coercitiva, audiência preliminar de apresentação e garantias, lavratura do auto de prisão em flagrante, recolhimento ao cárcere e comunicação da prisão ao juiz. (NETO, 2015)

A primeira fase, prisão-captura, é o ato da prisão em si, no momento da realização da conduta. O objetivo principal é justamente preservar o bem jurídico que está sofrendo lesão, impedindo que a consumação do crime aconteça e protegendo os meios de provas que serão utilizados no processo penal. (NETO, 2015)

Na segunda fase é dada continuidade à etapa anterior, em que, o detido será dirigido à delegacia para lavramento do auto de prisão, devendo também ser apresentado ao conduzido, os seus direitos, inclusive o de permanecer calado com fundamento na garantia de não produzir provas contra si mesmo. Já a terceira fase, diz respeito à apresentação imediata do criminoso ao júízo ou autoridade competente. (NETO, 2015)

Na quarta fase, deve o delegado ouvir os envolvidos e as testemunhas, formando assim, seu julgamento fundamentado com base na autoria do crime. Por sua vez, na quinta etapa ocorre o recolhimento do criminoso ao cárcere, enquanto na última, haverá a comunicação de até 24 horas do delegado para com a autoridade judicial acerca da prisão bem como de familiares, ou pessoas que o preso indicar, conforme expresso no Código de Processo Penal. (NETO, 2015)

Ante o exposto, nota-se que todos os direitos são garantidos ao conduzido mesmo diante de uma situação em flagrante, pois a presunção de inocência não deixa de atuar até mesmo nessas situações, até porque todas as medidas devem ser tomadas para averiguar o delito, inclusive para afastar qualquer hipótese de flagrante forjado contra o acusado. Ora, nem mesmo a confissão do réu é motivo de plena convicção da verdade dos fatos, e esta prova isolada, ainda assim não afasta o estado de inocência do réu.

5 CONCLUSÃO

O reconhecimento e a conseqüente adoção da presunção de inocência no Brasil representa uma conquista histórica da humanidade, fruto de transformações da visão do direito penal pelo homem ao longo dos anos. O reconhecimento da não culpabilidade na CF revela a essência de um Estado democrático de direito que protege os direitos humanos e zela pelos direitos individuais. A supressão da não culpabilidade da Constituição Federal, portanto, implicaria em um verdadeiro retrocesso constitucional.

Por isso, não é pertinente que meros interesses políticos ou valores morais distorcidos comprometam os seus efeitos dentro do processo penal. Sua relevância é tal, que todo o processo penal está sob a égide deste princípio constitucional. Seus efeitos alcançam o campo probatório, a investigação criminal, as prisões cautelares e estão presentes nas mais diversas aplicações da lei penal.

É compreensível que, diante de tantos crimes bárbaros, a sede por justiça e o cenário de violência atual gere insegurança nas pessoas e uma desconfiança no poder público em solucionar esses problemas, e que, movidas pelo sentimento de impunidade, elas defendam medidas extremas e opiniões que chegam a assustar. Naturalmente a sociedade tem repugnância de qualquer ato bárbaro, como o homicídio, por exemplo, e com efeito a adoção da presunção de inocência, a punição ao mal cometido pelo agente somente após o trânsito em julgado parece não satisfazer a vontade de retributiva por alguns.

Contudo, vale lembrar que o artigo 5º da CF não tem o condão de tornar impune os autores de tais crimes, e é quando se lembra que nem todos os casos são tão fáceis e que muitos são presos injustamente, que se percebe quanta ignorância seria atacar a presunção de inocência. O erro está em tomar como base alguns casos específicos e não imaginar de forma ampla os problemas que poderiam ser gerados. Relativizar um princípio cuja importância transcende um único aspecto, protegendo uma gama de direitos, tais como a liberdade e a imagem do réu, não pode ser tido como medida de resolução da violência no Brasil, na verdade, isso levaria cabalmente a um regresso aos tempos inquisitoriais.

Além disso, no segundo capítulo foi elucidado que, em se julgando necessário a privação da liberdade, quer por conveniência da investigação quer por segurança, seja qual for a necessidade da aplicação de uma medida previamente a imputação da culpa pela sentença transitada em julgado, tem-se as medidas acautelatórias para resolver o problema, não sendo, portanto, a presunção de inocência um vilão para a ordem pública nem para segurança social.

Nota-se, pois, que os efeitos da presunção de inocência não extrapolam os limites da tolerabilidade ao ponto de colocar a sociedade à mercê de pessoas consideradas perigosas, ou de pôr em liberdade alguém que demonstre claras intenções de fuga. O artigo 5º, LVII da CF apenas define algo que é de completa coerência, julgar culpado primeiro para depois aplicar-se as medidas cabíveis e proporcionais ao ato cometido.

Neste sentido, como ficou demonstrado no último capítulo, as prisões processuais não são incompatíveis com a presunção de inocência, na verdade, são institutos que caminham junto para a garantia da justiça no processo penal, pois em nenhuma hipótese elas podem ser utilizadas como antecipação de pena, mas apenas como medidas cautelares, razão pela qual possuem requisitos objetivos a serem analisados.

Em contrapartida, o tema da prisão em segunda instância ventilado no segundo capítulo, não pode consolidar-se no ordenamento jurídico pátrio por com ele ser incompatível, dado o exposto ordenamento de que a prisão só será efetuada após trânsito em julgado, momento em que se pode atribuir culpa ao réu, em outras palavras, quando da sentença não restar mais nenhum recurso. Após julgamento em segunda instância, a culpa não resta comprovada, há ainda formas de defesa do acusado para comprovar sua inocência.

Ocorre que a prisão em segunda instância consiste justamente na antecipação da pena para antes do trânsito em julgado, sendo aplicada apenas já no segundo grau de jurisdição enquanto ainda há meios de defesa, ao contrário das prisões cautelares cujo objetivo é a prevenção.

Logo, qualquer forma de antecipação da pena deve ser reprimida. O réu tem o direito de defender-se sem sofrer a penalidades de um crime que ainda não se sabe se ele cometeu. E ainda, em caso de dúvida quanto a sua autoria ou materialidade do crime, prima-se pela liberdade do réu, considerando quão revoltante e insidioso seria privar alguém da sua liberdade por algo que não cometeu, contemplando o famoso dito de Trajano, o qual afirma ser melhor soltar um culpado a condenar um inocente.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Rodolfo Bisleri. **A (in)efetividade do inquérito policial à luz dos crimes contra a vida na comarca de lajeado/rs, em 2015**. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1361/1/2016RodolfoBisleriAgostini.pdf>>. Acesso em: 29 de agosto 2020.

BARBOSA, Eduarda. **Quais são os tipos de prisão cautelar?**. Disponível em: <<https://masterjuris.com.br/quais-sao-os-tipos-de-prisao-cautelar/>>. Acesso em: 12 novembro 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.210/84, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 28 de outubro 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Organização Luiz Flávio Gomes. 9.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Vade Mecum. 25. ed. São Paulo, SP: Saraiva.

BRASIL. **Código Penal (1940)**. Vade Mecum. 25. Ed. São Paulo, SP: Saraiva.

BRASIL. **Lei n. 7.960/89, de 21 de dezembro de 1988**. Dispõe sobre Prisão Temporária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em 28 de outubro 2020.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 27 de agosto 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Raphael Fernandes Pinto de. **Princípio da presunção de inocência e a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-raphael-fernandes-pinto-de-carvalho#:~:text=CARVALHO%2C%20Raphael%20Fernandes%20Pinto%20de.%20Princ%20C3%ADpio%20da%20presun%20C3%A7%20do%20Rio%20de%20Janeiro%20C3%A9o%20de%20Janeiro%202017.>>>. Acesso em 30 de agosto 2020.

CARVALHO, Stefani de. **A confissão por si só pode embasar uma condenação?**. Disponível em: <<https://stefanidecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/568641074/a-confissao-por-si-so-pode-embasar-uma-condenacao#:~:text=1%20A%20confiss%C3%A3o%20C3%A0%20luz,para%20amparar%20o%20C3%A9dito%20condenat%C3%B3rio.>>>. Acesso em 26 de novembro 2020.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **A pena de multa no Código Penal, suas características e a pena de multa da Lei de Drogas (n. 11.343/06)**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/15732/a-pena-de-multa-no-codigo->>

penal-suas-caracteristicas-e-a-pena-de-multa-da-lei-de-drogas-n-11-343-06>. Acesso em: 10 novembro 2020.

COSTA, Danilo da Rocha. **Das penas e das teorias da pena**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/43453/das-penas-e-das-teorias-da-pena>>. Acesso em: 24 de novembro 2020.

FANTECELLE, Gylliard Matos. **Prisão em flagrante e os requisitos legais para sua conversão**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/prisao-em-flagrante-e-os-requisitos-legais-para-sua-conversao/>>. Acesso em: 14 novembro 2020.

FERNANDES, Ada Pellegrine Grinover Antonio Scarance; FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. 5ª edição, Malheiros Editores, p. 233-234.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2006.

FILHO, Antonio Ruiz. **A nova disciplina da prisão preventiva**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-07/disciplina-prisao-preventiva>>. Acesso em: 12 novembro 2020.

FREITAS, Marcos Roberto de. **Relativização do princípio da presunção de inocência**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5259, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62075>>. Acesso em: 2 dez. 2020.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **O devido processo legal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 202, 24 jan. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4749>>. Acesso em: 1 setembro 2020.

JEFFERSON, Thomas. **Evolução histórica do direito penal e escolas penais**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=2344>. Acesso em 20 de agosto 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **DIREITO PROCESSUAL PENAL E SUA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL** 9º ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal: tomo I**. Buenos Aires: EJEJA, 1951.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MERÇON, Eduardo. **Crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <<http://webartigos.com/artigos/crimes-de-perigo-abstrato/74724>>. Acesso em: 02 de setembro 2017.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Presunção de inocência no Processo Penal brasileiro: análise da estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. 2008. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

NETO, Hellen Renata Santos. **Penas restritivas de direitos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41637/penas-restritivas-de-direitos>>. Acesso em: 10 novembro 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7.ed. rev. atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.414.

PEREIRA, Wilson Muniz. **Somos preconceituosos**. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/753480>>. Acesso em: 25 de agosto 2020.

POZZER, Katia Maria Paim. **O exercício do direito na mesopotâmia antiga...** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/02-Katia_Pozzer.pdf>. Acesso em 28 de agosto 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7. Ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAKOFF, Jed S. **Why Innocent people plead Guilty**. Disponível em: <<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>. Acesso em 16 de dezembro 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, Wanderlei José dos. **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA: O STF E A ESTABILIDADE JURÍDICA NO PAÍS**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81044/principio-constitucional-da-presuncao-de-inocencia-e-a-prisao-em-segunda-instancia-o-stf-e-a-estabilidade-juridica-no-pais>>. Acesso em 16 de dezembro. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A destinação da pena de multa no direito penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72543/a-destinacao-da-pena-de-multa-no-direito-penal>>. Acesso em: 10 novembro 2020.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **A presunção de inocência em tempos de culpabilidades irrefutáveis!**. Disponível em: <<https://joseherval.jusbrasil.com.br/artigos/483495217/a->

presuncao-de-inocencia-em-tempos-de-culpabilidades-irrefutaveis>. Acesso em 13 de setembro 2020.

SCHREIBER, Simone. **O princípio da presunção de inocência**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7198>>. Acesso em: 28 agosto 2020.

SCHREIBER, Mariana. **Prisão após condenação em 2ª instância é permitida nos EUA e em países da Europa**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43480154>>. Acesso em 16 de dezembro 2020.

SILVA, Emerson Barros da; AZEVÊDO, Tatiany Silva; ROSA, Ana. **Penas privativas de liberdade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37687/penas-privativas-de-liberdade>>. Acesso em: 10 novembro 2020.

SILVA, Adenildo Nogueira da. **Condenação em segunda instância: a prisão após condenação em segunda instância fere o princípio da presunção de inocência?**.

Disponível em:

<<https://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/academico/article/view/1081>>. Acesso em 26 de novembro 2020.

TALON, Evinis. **A prisão temporária**. Disponível em:

<<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/533610046/a-prisao-temporaria>>. Acesso em 19 de novembro 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2000

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito Processual Penal**. São Paulo: Coimbra Editora.