

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE AO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO ¹

THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE FACE OF PROVISIONAL INCARCERATION

Marília Sebba Correia Rousseau de Castro²
Glauco Batista Da Silveira³

RESUMO

Diante da importância de se conservar o estado de liberdade dos indivíduos como um verdadeiro corolário da dignidade da pessoa humana, pesquisa-se sobre a presunção de inocência e o não encarceramento provisório. Assim, o objetivo geral desta pesquisa consistiu em discorrer sobre o princípio da inocência, analisando sistematicamente suas vertentes frente às hipóteses de encarceramento provisório no ordenamento jurídico pátrio. No que tange à metodologia empregada, utiliza-se da pesquisa exploratória, qualitativa, documental e bibliográfica, visando uma melhor compreensão de fenômenos estudados. Conclui-se que o princípio da presunção da inocência impera no ordenamento jurídico, devendo a liberdade ser a regra, até que se tenha uma condenação criminal transitada em julgado. Todavia, o encarceramento provisório poderá ser empregado de forma excepcional, devendo os juízes obrigatoriamente apresentarem fundamentação idônea e a avaliação da insuficiência das medidas menos gravosas para alcançar os objetivos pretendidos.

Palavras-chave: presunção de inocência; encarceramento; prisão preventiva; liberdade.

ABSTRACT

Given the importance of preserving the state of freedom of individuals as a true corollary of the dignity of the human person, research is carried out on the presumption of innocence and non-provisional incarceration. Thus, the general objective of this research was to discuss the principle of innocence, systematically analyzing its aspects in relation to the hypotheses of provisional incarceration in the national legal system. Regarding the methodology used, exploratory, qualitative, documentary and bibliographic research is used, aiming for a better understanding of the phenomena studied. It is concluded that the principle of presumption of innocence prevails in the legal system, and freedom should be the rule, until a final criminal conviction is reached. However, provisional incarceration may be used

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Inhumas FacMais, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, no primeiro semestre de 2024..

² Acadêmico(a) do 10º Período do curso de Direito pela Faculdade de Inhumas. E-mail: mariliacastro@aluno.facmais.edu.br

³ Professor(a)-Orientador(a). Glauco Batista da Silveira Professor Especialista e Advogado. Docente da Faculdade de Inhumas. E-mail: glauciobatista@facmais.edu.br

exceptionally, and judges must present suitable reasons and assess the insufficiency of less severe measures to achieve the intended objectives.

Keywords: presumption of innocence; incarceration; preventive detention; freedom.

1 INTRODUÇÃO

Já dizia Ubaldo Santos de Jesus, a presunção da inocência é dada a todos, mas o ônus da prova cabe a quem condena. Mas será mesmo que a presunção de inocência reina no ordenamento jurídico brasileiro?

Os dados vão em sentido totalmente diverso. Só no ano de 2023 no Brasil, havia cerca de 644.305 mil pessoas privadas de liberdade, quando a sua capacidade total de vagas é de 481.835, o que corresponde a um 162.470 déficit de vagas (Brasil, 2023).

De acordo com o Senado Federal, cerca de 40% dos presos ainda não têm sentença condenatória, dessa forma, um em cada quatro presos no país, não foram condenados (Senado, 2020).

É nesse contexto caótico que pesquisa-se sobre o princípio da presunção de inocência, postulado constitucional previsto no artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988).

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa consiste em discorrer sobre o princípio da inocência analisando sistematicamente suas vertentes frente às hipóteses de encarceramento provisório no ordenamento jurídico pátrio.

No que tange à metodologia empregada, neste trabalho, utilizou-se a pesquisa exploratória, qualitativa, documental e bibliográfica, visando uma melhor compreensão de fenômenos estudados.

E para a consecução, este será estruturado em três seções. Na primeira discorre-se sobre a origem e evolução da presunção de inocência, abordando a origem histórica do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro, desde sua consagração na Constituição Federal de 1988 até sua evolução jurisprudencial e legislativa ao longo dos anos.

Na segunda seção, aborda-se os fundamentos e a fundamentação Jurídica da Presunção de Inocência, onde discute-se os fundamentos teóricos e jurídicos que embasam a presunção de inocência, como a garantia dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito, a proporcionalidade e a vedação ao retrocesso social. Por fim, discorre-se na terceira seção sobre a presunção de inocência e não encarceramento provisório, onde se explora a relação entre a presunção de inocência e o direito ao não encarceramento provisório.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de explanar sobre a presunção de inocência é importante trazer a definição da palavra presunção e da palavra inocência. Nesse sentido, presunção significa presumir, ter a suspeita, a conjectura ou uma suposição. Já o significado de inocência é encontrado com a ausência de culpabilidade, a culpa por sua vez, pode ser compreendida como ausência de culpa (Dicionário, 2023).

A presunção da inocência consiste no direito de só ser considerado culpado de determinado delito após o trânsito em julgado de uma sentença penal

condenatória, também denominada presunção de não culpabilidade. Há duas aplicações típicas da presunção de inocência no processo penal brasileiro: (i) no processo de conhecimento e (ii) na execução da pena criminal definitiva (Ramos, 2022, p.497).

Do ponto de vista processual, a culpa é aplicada àqueles que tiveram uma condenação criminal transitada em julgado contra si. Dessa forma, todos aqueles que não se encontram nesta posição devem ser considerados inocentes, até que uma sentença prove o contrário (Medeiros, 2023).

A presunção de inocência, então, nada mais é do que uma exigência normativa é um dever constitucional destinada ao psiquismo do juiz de que este suponha que o acusado é inocente, devendo avaliar a prova e a lei de forma essencialmente favorável ao acusado (Medeiros, 2023).

No que diz respeito à sua origem, o princípio da presunção de inocência surge diante da premente necessidade de combater o autoritarismo e a arbitrariedade da figura do Monarca no Estado Absolutista, em meados do século XVI (Lavrador, 2017).

No Estado Absolutista, o cometimento de um delito era visto como uma verdadeira ofensa ao Monarca, que, possuindo o direito de punir, não o fazia com o intento de prevenção e reprovação da conduta, mas exercia esse poder motivado por vingança. Isso porque a simples dúvida sobre o cometimento de um delito já autorizava a aplicação de pena por parte do Monarca, revelando uma total ausência de direitos do acusado (Lavrador, 2017).

Quanto ao juízo de formação da culpa do acusado no Estado Absolutista, trata Foucault que a culpa não começava uma vez reunidas todas as provas, ao contrário, a culpa era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Desta feita, cada prova que surgia fazia dele um meio-culpado. Ou seja, a demonstração em matéria penal era formada por um princípio da graduação contínua, um grau atingido na demonstração já formava um grau de culpa e implicava conseqüentemente num grau de punição (Foucault, 1999).

Assim, surge o Iluminismo Europeu, que teve a incubencia de contradizer o papel do Monarca e ressaltar o indivíduo como o único motivador das ações do Estado, colocando o ser humano para o centro do dever-ser do Estado, ressaltando a necessidade de pensar sobre os direitos individuais e a atuação do jus puniendi estatal (Lavrador, 2017).

Por sua vez, o direito penal iluminista trata-se do resultado das lutas da burguesia que acabaram por resultar na Revolução Francesa, que se reafirma como instrumento de defesa da sociedade civil, frente a um estado autoritário que atuava factual e normativamente com total arbitrariedade e discricionariedade (Batista, 1990).

Como reflexo dos ideais liberais do período Iluminista, o artigo 9º da Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, declarava “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”.

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, declarou expressamente em artigo XI, que “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

No Brasil, o Código de Processo Penal, promulgado no ano de 1941, adveio no período em que o estado brasileiro vivia o Estado Novo de Getúlio Vargas e o mundo ainda sentia os efeitos da 2ª Guerra Mundial. Dessa forma, esse código tem forte influência dos ideais fascistas italianos e, não fez qualquer menção à presunção de inocência em seu texto. Da mesma forma, apesar de ter sofrido muitas modificações, o Código de Processo Penal também não chegou a abarcar a presunção de inocência (Lavrador, 2017).

Prova disso são as referidas redações originárias:

Art 312 do CPP:

A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Art 393, inciso I, do CPP: São efeitos da sentença condenatória recorrível: (I) ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Art. 594 do CPP: O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto (Brasil, 1948).

Em 1948, surge mais um marco da presunção de inocência para o setor universal. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU, ao qual em seu artigo 11.1, emana que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (ONU, 1948).

Dentro do ordenamento jurídico interno, o referido princípio só foi realmente consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, que aduz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988).

Foi pelo Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção Americana sobre direitos humanos que o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 22, de 26 de maio 1992, aprovou seu texto e o governo brasileiro depositou sua carta de adesão a essa convenção, passando então a incorporar o ordenamento jurídico pátrio (Brasil, 1992).

Assim, o princípio da presunção da inocência se torna um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal, fazendo surgir para o Estado a necessidade de comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, como proibição de retorno aos períodos absolutistas, onde permitia-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente (Morais, 2023).

Nesse sentido, Ramos destaca:

A presunção da inocência consiste no direito de só ser considerado culpado de determinado delito após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, também denominada presunção de não culpabilidade. Há duas aplicações típicas da presunção de inocência no processo penal brasileiro: (i) no processo de conhecimento e (ii) na execução da pena criminal definitiva. No processo de conhecimento e até a decisão de 2º grau (ver abaixo a temática da execução imediata da pena criminal após o julgamento colegiado em Tribunal), a presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar (não pode ser antecipação da prisão definitiva) e fundamentada (Ramos, 2022, p.497).

Sobre esse princípio, destaca-se que no processo de conhecimento, exige-se que a culpa do indivíduo seja demonstrada por provas requeridas pelo acusado (in dubio pro reo), restando à defesa provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, ou seja as circunstâncias exculpantes (Morais, 2023).

Isso porque a acusação não pode se desincumbir de seu ônus probatório, conforme dispõe o artigo 156 do Código de processo Penal, pautando sua pretensão condenatória em elementos meramente indiciários e sem apoio em provas concretamente produzidas nos autos, de modo que a deficiência acusatória não deve prevalecer em detrimento a presunção inocência dos acusados (Masson, 2023).

Dessa forma, este princípio é uma constante no Estado de Direito, podendo inferir que não pode haver inversão do ônus da prova, cabe ao poder público formular a denúncia, também cabe a ele produzir as provas necessárias para a comprovação da imputação formulada, sendo assegurado o contraditório e ampla defesa ao acusado (Masson, 2023).

A partir do princípio da inocência ser inaugurado no Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve diversos posicionamentos ao longo do tempo, no sentido de definir qual marco temporal para se definir o alcance do princípio da presunção de inocência e o marco inicial da possibilidade de prisão para cumprimento de pena.

Primeiramente, tem-se o HC 68.726, julgado em 28/6/1991, já sob o manto da Constituição Federal de 1988, em decisão unânime, o então Plenário do STF decidiu que a ordem de prisão decorrente de sentença condenatória confirmada pela segunda instância não é incompatível com a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade (Brasil, 1992).

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. não conflita com o art. 5, inciso lvii, da constituição. de acordo com o par.2 do art. 27. da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelar em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. HABEAS CORPUS INDEFERIDO (Brasil, 1992).

Sob relatoria do Ministro Néri da Silveira, a votação contou com a participação de 8 dos 11 ministros da Corte. Não participaram deste julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio (Brasil, 1992).

Tal posicionamento imperou na corte suprema até meados de 2009, quando novamente, agora no HC 84.078 e com a sua composição significativamente alterada, o STF promoveu a primeira mutação constitucional quanto ao alcance da garantia da presunção de inocência, mudando sua posição anteriormente fixada. Segue ementa:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o]

recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". [...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP0104)(Brasil, 2010).

Desse modo, em 5 fevereiro de 2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de Habeas Corpus 84.078, se reúne com o objetivo de analisar a possibilidade de execução de sentença penal condenatória, enquanto houver recursos pendentes (Brasil, 2010).

Neste julgamento, a corte decidiu que a execução da sentença condenatória ainda na pendência de recursos é incompatível com o princípio da presunção de inocência disposto no texto constitucional, proibindo a execução da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, admitindo em caráter excepcional, a custódia de natureza cautelar, desde que devidamente fundamentada em elementos concretos que a justificassem (Assis, 2017).

Destarte, em 17 de fevereiro de 2016, cerca de 7 anos após a mudança do entendimento anteriormente pacificado, a Corte Suprema novamente se dispôs a analisar a controvérsia acerca da possibilidade do início da execução da pena fixada em sentença condenatória após o esgotamento das instâncias ordinárias, mas cujo acórdão do tribunal de origem foi atacado por recurso extraordinário ou especial. (Assis, 2017). Como pode-se observar na ementa do HC 126.292:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º , LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º , inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (Habeas Corpus , Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 17/02/2016) (Brasil,2016).

Presidido pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski, o Habeas Corpus 126.292 foi denegado, e conseqüentemente, foi restabelecendo a interpretação adotada no HC 68.726, sendo fixada a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, é compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência capitaneado na Constituição Federal de 1988 (STF, 2016).

Cerca de 3 anos depois, em novembro de 2019, o STF apreciou o assunto novamente, desta vez em sede das Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54. Nas quais por 6 votos a 5, o STF decidiu pelo retorno à situação de 2009-2016, ou seja, a exigência do trânsito em julgado para o início execução da pena criminal, declarando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal com a nova redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019 (Ramos, 2022).

Por óbvio não se espera que seja a última vez que o STF enfrente esta temática, isso porque ao longo dos anos há a mudança da composição do STF e também porque de acordo com a mudança da sociedade este sempre poderá ser suscitado a se pronunciar sobre o assunto, já que detêm a guarda da Constituição.

Nesse sentido, é importante destacar que com adoção do pacote anti-crime, trazido por meio da lei nº 13.964, de 2019, o artigo 492, § 4º do CPP aduz que a apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo, ou seja, contrariando a posição atual do Supremo Tribunal Federal (Ramos, 2022).

Assim, diante de todo exposto, é possível concluir que o princípio da presunção de inocência é importante instituto e garantia dos indivíduos que na seara criminal devem ser considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, um direito que foi conquistado à duras penas, diante da indignação das pessoas frente a um estado absolutista que julgava de modo arbitrário e sem as garantias processuais. Conhecida sua origem e evolução dentro do ordenamento jurídico pátrio, faz-se mister discorrer sobre os seus fundamentos e fundamentação jurídica.

3 FUNDAMENTOS E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme já discorrido, as constituições anteriores a 1988 não faziam menção ao princípio da presunção de inocência. Segundo Ramos, esse princípio consiste no direito de só ser considerado culpado de qualquer crime após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (Ramos, 2023).

Esse princípio tem dois momentos de aplicações típicas, quais sejam: no processo de conhecimento e também na execução da pena criminal definitiva. No primeiro momento, ou seja, no processo de conhecimento e até a decisão de 2º grau, a presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar fundamentada, não admitindo-se a antecipação da prisão definitiva (Ramos, 2023).

Ainda durante o processo de conhecimento, a presunção de inocência exige que a culpa do indivíduo seja demonstrada por provas requeridas pelo órgão acusador, incubindo a defesa por sua vez, provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (Ramos, 2023).

Dessa forma, a presunção da inocência deveria, necessariamente, implicar necessariamente na limitação do poder do juiz de requerer, de ofício, a produção de uma prova qualquer, uma vez que seu resultado em regra auxilia o acusador, já que o réu nada precisa provar. Exceto quanto as exculpantes, que devem ser trazidas pelo réu, é que se admitiria a produção probatória de ofício por parte do magistrado, uma vez que auxiliaria o acusado (Ramos, 2023).

Não de outro modo, é que a Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como Lei Anti Crime, trouxe o art. 3º-A no CPP, refletindo a roupagem da estrutura constitucional acusatória a todo o processo penal, ao estabelecer a proibição da

iniciativa do julgador na fase de investigação e a proibição de substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Ramos, 2023).

Para além disso, garantir a presunção de inocência se traduz em proteger a própria dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais do cidadão no estado de direito. Discorre Alexandre de Moraes:

O Estado Constitucional configura-se, portanto, como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno, deve ser um Estado democrático de direito. Dessa forma, são duas as “grandes qualidades” do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático. O Estado de Direito caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo (Moraes, 2023, p. 6).

De mais a mais, ao observar o princípio da inocência há a minimização dos poderes arbitrários do estado e conseqüentemente, a redução dos danos decorrentes da punitividade atinge todas as fases de sua individualização, no esforço de redefinir critérios de sua cominação, aplicação e execução, a partir da observância dos postulados constitucionais de proporcionalidade, razoabilidade e proibição do excesso (Carvalho, 2022).

Doutra banda, uma vez inaugurado no ordenamento jurídico como uma garantia fundamental, o Estado não poderá abolir tal garantia, isso porque deve respeitar a vedação ao retrocesso social. Sobre isso Ramos contribui:

No Brasil, a proibição do retrocesso é fruto dos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Estado democrático de Direito (art. 1º, caput); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (vide item 2.4 da Parte III) (Ramos, 2022, p. 57).

Denota-se portanto, que a proibição do retrocesso trata-se de uma proteção, segundo o qual é vedado aos Estados que diminuam uma proteção já alcançada, como é o caso do princípio da presunção de inocência, que constitui um direito fundamental do acusado, com eficácia plena desde a entrada em vigor da CF, sendo considerado cláusula pétrea. Diante disso, o direito à presunção de inocência, vincula todo o Poder judiciário, e não só alguns de seus órgãos da jurisdição criminal, também vincula o Poder Legislativo, sem prejuízo do poder dado aos tribunais de declarar inocente o acusado em qualquer processo.

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E NÃO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO

Ao falar em encarceramento é impossível não olhar para o estado precário dos presídios, superlotação e insalubridade e diversos outros problemas que permeiam o sistema carcerário.

Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, no ano de 2023 no Brasil havia cerca de 644.305 mil pessoas privadas de liberdade, quando a sua capacidade total de vagas é de 481.835, o que corresponde a um 162.470 déficit de vagas. Não deixando de destacar que a grande maioria da população carcerária trata-se de negros, jovens, pobres e de pouca ou nenhuma escolaridade (Brasil, 2023).

De acordo com o Senado Federal, cerca de 40% das vagas são ocupadas por presos provisórios, que ainda não têm sentença condenatória, dessa forma, um em cada quatro presos no país não foi condenado (Brasil, 2020).

Destarte na ADPF 347, o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Prisional Brasileiro, declarando presente o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, ou seja de um conjunto de todos os setores públicos (Brasil, 2023):

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (Brasil, 2015).

Analisando todos esses fundamentos, resta nítido que deve ser assegurado às pessoas o direito de responderem o processo em liberdade, pois a segregação prisional antecipada acarreta muitos prejuízos ao acusado, tanto pelas más condições das unidades prisionais no Brasil, quanto pelas condições insalubres ou a mais importante delas que é a limitação de sua liberdade, manter diversas pessoas na prisão só piora a situação de superlotação que já é enfrentada.

A prisão preventiva é uma medida cautelar pessoal detentiva, de caráter excepcional, que só se justifica como meio indispensável para assegurar a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, quando presentes estejam o *fumus boni turis* e o *periculum in mora*.

Segundo o artigo 312 do Código Processual Penal a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por

conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (Brasil, 1948).

Para além disso, a decisão que decreta 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, 1948).

Por conseguinte, dispõe o artigo 313 do Código Processual Penal que a prisão preventiva só poderá ser decretada nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado os casos que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação ou ainda, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (Brasil, 1948).

A lei processual ainda admite 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 (Brasil, 1948).

Dessarte, ainda de acordo com o Código Processual Penal não admite-se 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, 1948).

Isso porque se não estiverem presentes os requisitos gerais da tutela cautelar, a prisão provisória não seria nada mais do que uma execução antecipada da pena punitiva de liberdade, e isso seria uma verdadeira afronta ao princípio da presunção de inocência.

Contudo, a prisão preventiva só se compadece com o princípio da presunção de inocência, desde que seja decretada para atender a sua finalidade cautelar. Como anteriormente explanado, a proclamação do preceito presunção de inocência na Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, teve por objeto declarado coibir os excessos das detenções que não fossem indispensáveis, em face da condição natural de inocência do cidadão submetido à persecução criminal.

Numa visão mais radical do princípio, as prisões decretadas anteriormente à condenação não poderiam ser admitidas, o ordenamento jurídico brasileiro as possibilita somente em situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual.

Nesse esteira Gomes Filho dispõe que "não se confundem quaisquer formas de encarceramento à luz da presunção de inocência como antecipação de punição, ou de prisão obrigatória, em que pese a imposição da medida independente da verificação concreta do *"periculum libertatis"* (Gomes Filho, 1991. p. 65).

Sabe-se que a prisão penal propriamente dita difere da prisão cautelar, pois esta segunda não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização de processo ou para garantia de seus resultados. Sendo a prisão propriamente dita, cabível após sentença condenatória transitado em julgado

Interessante se faz observar que esta distinção entre as prisões é teórica, pois na prática as diferenças de prisão como pena e a prisão como medida de cautela processual não são visíveis, pois o legislador prevê a detração do tempo da prisão

provisória (art.42, CP.) e determina a aplicação das normas de execução ao preso provisório (LEP, art2º, parágrafo único) (Brasil, 1984).

Nesta linha de raciocínio não parece estar o legislador afrontando norma constitucional, se utilizar prisão antes do trânsito em julgado.

Vê-se que o legislador atribui como finalidade da prisão antes do trânsito em julgado, a "Garantia da Ordem Pública", mas Carlo Fiore esclarece:

O recurso Ordem Pública em matéria penal e processual penal tem uma destinação clara, de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais. Portanto a Ordem Pública relacionam-se todas finalidades dá encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social. Também tidas como uma prevenção especial, para evitar a possível ocorrência de novos crimes, pois uma vez cometida infração pode o acusado ser propenso a práticas delituosas. Fala-se então em exemplaridade, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça pela sociedade" (Fiore, 1980, p. 1101, apud Gomes Filho 1991, p. 680).

Nestas situações a prisão tem um caráter de antecipação de punição e que reconhece a culpabilidade do acusado. Permitindo o critério da prisão pela exemplaridade, constitui uma violação do princípio da presunção de inocência, porque tem sua origem na admissão inicial da culpabilidade.

Desta forma, o discurso que procura justificar a prisão cautelar pela finalidade de garantir a ordem pública, de prevenção especial, atribuindo o caráter de medida de segurança aplicada, não com base em uma presunção de culpabilidade, mas sim tendo em vista a periculosidade do agente, trata-se de ofensa constitucional.

Outra questão jurídica relevante é a questão pertinente às cautelares é o período de sua duração, pois muitas das vezes supostamente inocentes acabam esquecidos nas celas, descaracterizando ainda mais a finalidade da cautelar.

A excessiva delonga na apuração do crime e julgamento do acusado que se encontra preso, faz com que pareça injusta sua prisão, pois ao final pode ser julgado inocente ou condenado a tempo de prisão inferior ao em que esteve preso.

Por outra parte, se o acusado responde em liberdade ao processo, vindo a ser condenado, e ainda em liberdade recorre da condenação, fica na sociedade, principalmente no ambiente da vítima, a ideia de que não se fez justiça, de que o prêmio da transgressão foi a impunidade. Mesmo que sobrevenha, no final, uma sentença condenatória definitiva, o passar dos anos sem efetiva punição do acusado já terá consolidado na mente das pessoas a ideia da falta de punição do Poder Estatal.

Então pelos males que existem dentro de uma prisão, pelos vícios de que padece o sistema penitenciário e em nome da presunção de inocência, postula-se aos acusados o direito, em regra, de responder aos processos em liberdade. Com isso protege o direito do indivíduo, seu status libertatis.

Contudo, para que essa medida não se torne atentatória ao interesse social de ver punido com presteza o agente criminoso, melhor se faz que correm céleres a apuração do crime e o julgamento do acusado, de modo que não pareça à sociedade ser aquela liberdade injusto privilégio a agravar a ofensa sofrida pela vítima, mas simples proteção do indivíduo em sociedade civilizada que busca fazer justiça pelos meios legais, sem arroubos da vingança e sem a frouxidão da complacência.

A restrição da liberdade em caráter cautelar instrumental não viola o princípio da presunção de inocência, desde que não seja imposta como antecipação de punição (Delmanto, 2000).

Então para encontrar equilíbrio entre estes interesses conflitantes a restrição à liberdade de caráter instrumental, deve ser procurada em caráter excepcionalmente de custódia cautelar. Uma vez que a Lei nº 12.403/2011 incluiu uma lista de medidas cautelares que podem ser aplicadas em substituição à prisão preventiva, ou seja, o magistrado tem mais uma oportunidade de ponderar a necessidade de encarceramento do acusado, podendo aplicar medidas diversas da prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica (Brasil, 1941).

Denota-se portanto, que reina o princípio da presunção da inocência no ordenamento jurídico, devendo a liberdade ser a regra, até que se tenha uma condenação criminal transitada em julgado. Podendo ser decretada a prisão preventiva de forma excepcional, devendo os juízes obrigatoriamente apresentar fundamentação idônea e a avaliação da insuficiência das medidas menos gravosas para alcançar os objetivos pretendidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou o presente trabalho de pesquisa, observou-se a quantidade de pessoas encarceradas no Brasil e a discussão acerca da garantia de presunção de inocência e a possibilidade de execução provisória da pena. Por isso era importante estudar sobre a compatibilidade da execução provisória da pena frente à presunção de inocência.

O problema desta pesquisa consistiu em responder à seguinte indagação: o encarceramento provisório é compatível com a presunção de inocência no Brasil?

Diante disso, a pesquisa teve como objetivo geral discorrer sobre o princípio da inocência analisando sistematicamente suas vertentes frente às hipóteses de encarceramento provisório no ordenamento jurídico pátrio. Sendo este objetivo geral

atendido, pois o trabalho conseguiu identificar qual a origem e a evolução do princípio da presunção de inocência trazendo inclusive quais foram os posicionamentos da corte suprema sobre o referido tema.

Para além disso, o presente artigo conseguiu analisar quais são os fundamentos jurídicos que embasam tal princípio, bem como em quais condições o encarceramento provisório é autorizado e quando este deve ser sonegado.

Apresentando-se dados que comprovam a superlotação dos presídios brasileiros, a situação sanitária precária que desembocam em um verdadeiro estado de coisas inconstitucional, que demonstram que a liberdade deve ser a regra, não somente pela preservação do estado de liberdade dos indivíduos, mas também porque o encarceramento provisório é altamente prejudicial para os indivíduos que a ela são submetidos, podendo trazer danos que serão irreparáveis.

O trabalho partiu da hipótese de que o encarceramento provisório deve ser proibido no Brasil por total incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, porém ficou demonstrado que em alguns casos, respeitando-se a proporcionalidade e a adequação ao caso concreto poderá o juiz aplicar a prisão preventiva desde que de forma fundamentada e quando medidas cautelares diversas da prisão não sejam suficientes para o caso.

Para futuras pesquisas recomenda-se a realização de pesquisas de campo, pesquisando-se sobre uma unidade prisional em específica, tal qual a unidade prisional de Inhumas, de modo a analisar quantas pessoas encontram-se custodiadas nesta unidade, qual a natureza da sua prisão, qual a natureza dos crimes imputados e quais as suas condições estruturais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. **A oscilação decisória no STF acerca da garantia da presunção de inocência** - Entre a autovinculação e a revogação de precedentes. 2017. Senado Federal. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p135.pdf . Acesso em 23 mar 2024.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 mar 2024.

BRASIL. LEI nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 mar 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Tribunal Pleno). ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL Relatora: : MIN. MARCO AURÉLIO, 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf> Acesso em: 10 abr. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 68.726-1/DF. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário da Justiça, 20 nov. 1992. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/8768/8883> . Acesso em: 03 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 84.078-7/MG. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Diário da Justiça Eletrônico, 26 fev. 2010a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> Acesso em: 03 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 126.292/SP. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Diário da Justiça Eletrônico, 17 maio 2016a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em 03 mar. 2024.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIS. **14º Ciclo de Levantamento de Informações Penitenciárias. 2023.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023/relipen> Acesso em: 10 abril 2024.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Explosão carcerária.** 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512922/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 abr. 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia** . São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596687. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596687/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado.** 5. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 20. Ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

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

LAVRADOR, Jasmine Louise Souto. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro e a impropriedade da execução da sentença penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição.** Monografia. PUC-Rio. 2017.

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Código de Processo Penal Comentado.** ebook. 2021.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª Edição, São Paulo: Atlas. 2000.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

RAMOS, André de C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622456. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/>. Acesso em: 11 abr. 2024.