



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

KAWILLIANS GOULART BARROS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO-PENA:
UMA REFLEXÃO SOBRE A TUTELA DA PERMISSIVIDADE DA
PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM
SEGUNDA INSTÂNCIA, SOB OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020

KAWILLIANS GOULART BARROS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO-PENA:
UMA REFLEXÃO SOBRE A TUTELA DA PERMISSIVIDADE DA
PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM
SEGUNDA INSTÂNCIA, SOB OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Tauã Lima Verdán Rangel, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2020/2

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
33/2020

B277p Barros, Kawillians Goulart

O princípio da presunção de inocência e a prisão-pena: uma reflexão sobre a tutela da permissividade da prisão após a sentença penal condenatória em segunda instância, sob os aspectos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal / Kawillians Goulart Barros. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2020.
118 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2020.

Orientador: Tauã Lima Verdan Rangel.

Bibliografia: f.113-118.

1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA 2. PRISÃO-PENA 3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 5. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE I. Faculdade Metropolitana São Carlos II.Título.

CDD 345.81072

KAWILLIANS GOULART BARROS

**O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A PRISÃO-PENA:
UMA REFLEXÃO SOBRE A TUTELA DA PERMISSIVIDADE DA
PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM
SEGUNDA INSTÂNCIA, SOB OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. Tauã Lima Verdan Rangel
Orientador

Prof. XXXXX
Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX
Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de novembro de 2020

Dedico esse trabalho principalmente à minha mãe, minha família, ao meu orientador, meus colegas e amigos de graduação, e demais pessoas que me auxiliaram diretamente ou indiretamente a alcançar essa etapa e, também, na elaboração do presente TCC.

AGRADECIMENTOS

O Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), ao meu ver, não é apenas mais uma etapa para se alcançar a colação de grau, mas sim toda uma construção – caminhada – que resultou na elaboração do presente trabalho. Desta forma, como toda construção, há pessoas que me auxiliaram a chegar a esse momento. Portanto, dedico a vocês, as seguintes palavras como forma de demonstrar meu agradecimento.

Inicialmente, destaco o carinho que possuo pela minha mãe, Sônia, que sempre me influenciou e me motivou a estudar, bem como demais situações em minha vida que nem preciso expor no presente texto. Ainda, destaco a importância que meu irmão Ademilson teve na presente caminhada.

Ao longo da faculdade, exerci estágio voluntário na Defensoria Pública de Bom Jesus do Itabapoana – RJ que se deu pelo fato de meu irmão ter pedido para me darem uma chance a qual agarrei e exerci o estágio da melhor forma que eu poderia achar possível, para aquele momento. Contudo, sai do estágio após alguns meses, cerca de seis meses.

Assim, decidi afastar-me de indicações para obtenção de estágio e, por mérito próprio, tentar alcançar estágios por meio de avaliações. Com isso, destaco que meu irmão me auxiliou – materialmente - a me levar, de moto, a Campos dos Goytacazes, no dia 12 de novembro de 2017, saindo de casa às 7h00min para chegar ao local às 9h00min, em um domingo.

Por óbvio, não poderia deixar o esforço dele em branco, e obtive a aprovação e fui designado para atuar na Defensoria Pública de Itaperuna – RJ, local em que desempenhei as funções de estagiário de 1º/03/2018 a 1º/10/2018. Contudo, em razão de minha residência ser em Bom Jesus do Norte e todos os dias ter que pegar ônibus para ir a Itaperuna, decidi, portanto, que necessitava de uma outra aprovação.

Com isso, igualmente, meu irmão me levou no dia 22 de julho de 2018, em um domingo, na cidade de Campos dos Goytacazes, para realização da minha prova de estágio. Ao final, obtive aprovação em primeiro lugar e pude desempenhar a função de Estagiário na Promotoria Criminal de Bom Jesus do Itabapoana – RJ. Essa jornada não seria a mesma sem o auxílio e apoio de meu

irmão. Então, desde já, agradeço-o enormemente por sempre ter me auxiliado e estar ao meu lado nas minhas conquistas.

Durante o final do estágio no Ministério Público e de elaboração do meu TCC, conheci minha então namorada, Dianna, que sempre me auxiliou e motivou a dar o melhor de mim para as coisas que faço então, igualmente, venho por meio dessas palavras agradecer por tudo até o momento realizado. A vida é feita de fases e, nessa fase, você esteve comigo. Então, muito obrigado e espero agradecer no futuro também.

Não menos importante, durante a longa jornada de 5 (cinco) anos de direito, conheci algumas pessoas que gostaria de fazer menção pela importância que derivou na pessoa que atualmente sou. Assim, inicialmente destaco Bruno Moutinho Estanhe que sempre me motivou a estudar, incentivou a aprender e angariar o máximo de conhecimento possível, mesmo que fizesse isso sem notar ou indiretamente, sem sua participação não teria o grau de conhecimento que hoje ostento.

Além dele, destaco Kátia Pani Areal Spala que, de longe, é a pessoa com o maior coração que já passou por mim durante minha graduação em direito, é uma pessoa gentil, educada, emotiva, que sempre busca ajudar as pessoas e, também, sempre se preocupa de forma exagerada com o sentimento alheio. Por tudo isso, muito obrigado, Katia pela forma que me tratou ao percorrer desta graduação.

Ao final, teço comentários acerca de Thaís Degli Esposti Fernandes que, ao decorrer da faculdade, já nos desentendemos algumas vezes, mas é uma pessoa que eu sempre apreciei como uma boa amiga e que me auxiliou durante minha graduação, me explicando o que foi dado nas aulas que eu faltei, me explicando situações que ocorreram, sempre de forma muito tranquila e serena, sem parecer que eu estava sendo chato. Então, muito obrigado por toda a paciência e pela amizade ao decorrer da faculdade, Thaís.

Nesse momento final, reservo a fazer comentário acerca do meu orientador Tauã Lima Verdán Rangel. Então, antes de mais nada, é preciso apresentá-lo, então, os digo quem é Tauã:

Pós-Doutorado vinculado ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense.

Doutor (2015-2018) e Mestre (2013-2015) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense.

Especialista Lato Sensu em Direitos da Infância, da Juventude e do Idoso (FAVENI)/Instituto Alfa (2019-2020).

Especialista Lato Sensu em Direito Constitucional (FAVENI)/Instituto Alfa (2019-2020). Especialista Lato Sensu em Direito do Consumidor (FAVENI)/Instituto Alfa (2019-2020).

Especialista Lato Sensu em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas (FAMESC) (2017-2018).

Especialista Lato Sensu em Direito Administrativo (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018).

Especialista Lato Sensu em Direito Ambiental (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018).

Especialista Lato Sensu em Direito de Família (FAVENI)/Instituto Alfa (2016-2018).

Especialista Lato Sensu em Práticas Processuais Civil, Penal e Trabalhista (CUSC-ES) (2014-2015).

Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito, Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito” – vinculado à Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Bom Jesus do Itabapoana-RJ.

Professor Universitário, Pesquisador e Autor de diversos artigos e ensaios na área do Direito.

Sua pequena biografia, ao meu ver, já é autoexplicativa. Contudo, esse profissional merece maior detalhes. Tauã como profissional é uma pessoa impecável, possui domínio jurídico dos temas abordados, possui aprofundamento de conhecimentos técnicos e interesse pela docência prática. Assim, ressalto que o que ele faz é por amor e não somente por dinheiro, já que é uma pessoa vocacionada.

Com base nisso, friso que, sem a presença do Tauã em minha graduação, não teria base metodológica alguma (E olha que ele nem mesmo foi o responsável por lecionar a disciplina de Metodologia Jurídica).

Igualmente, adotou o meu tema que fugia um pouco de sua área para então desenvolver esse trabalho final que me orgulho. Desta forma, agradeço por toda dedicação e tempo desempenhado para solucionar dúvidas e esclarecer situações.

BARROS, Kawillians Goulart. **O Princípio da Presunção de Inocência e a Prisão-Pena:** uma reflexão sobre a tutela da permissividade da prisão após a sentença penal condenatória em segunda instância, sob os aspectos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. 118f. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2020.

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo geral a análise o princípio da presunção de inocência e seus aspectos constitucionais e penais e seus respectivos limites e examinar a prisão-pena como figura final do princípio da presunção de inocência. Logo, é analisado sua integração constitucional, sob aspectos internacionais (direitos humanos), bem como sua relação com a hermenêutica constitucional utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Desta forma, tendo em vista que a prisão é a exceção e a liberdade a regra, é tecido comentários acerca da presunção de inocência como fundamento de tal máxima do direito. Diante disso, surge a problemática se seria possível a aplicação da prisão-pena após a condenação em segunda instância sem a ocorrência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória? Assim, surge como justificativa do narrado trabalho tem-se o fato que há constante mudança jurisprudencial sobre a temática com relevantes mudanças em 2009, 2016 e 2019. Além disso, há relevante debate jurisprudencial, bem como legislativo sobre a temática. Por todo o exposto no presente trabalho, foi analisado os argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre a execução provisória da pena, sendo que a possibilidade da execução provisória da pena apresentou melhor quadro argumentativo.

Palavras-Chaves: Execução Provisória da Pena; Prisão-Pena; Supremo Tribunal Federal; Presunção de Inocência; Presunção de não-culpabilidade.

BARROS, Kawillians Goulart. **The Principle of the Presumption of Innocence and Prison-Penalty**: a reflection on the protection of the permissiveness of prison after the condemnatory criminal sentence in second instance, under the jurisprudential aspects of the Supreme Federal Court. 118p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2020.

ABSTRACT

The present work has as its general objective the analysis of the principle of the presumption of innocence and its constitutional and penal aspects and their respective limits and examining the prison sentence as a final figure of the principle of the presumption of innocence. Therefore, its constitutional integration is analyzed, under international aspects (human rights), as well as its relationship with constitutional hermeneutics used by the Federal Supreme Court. Thus, in view of the fact that prison is the exception and freedom is the rule, comments are made about the presumption of innocence as the foundation of such a maxim of the law. In view of this, the question arises whether it would be possible to apply the prison sentence after the conviction in second instance without the occurrence of a final sentence of the convicting criminal sentence? Thus, the fact that the narrated work justifies the fact that there is constant jurisprudential change on the theme with relevant changes in 2009, 2016 and 2019. In addition, there is a relevant jurisprudential debate, as well as legislative debate on the theme. For all the exposed in the present work, the favorable and unfavorable arguments about a provisional execution of the sentence were analyzed, being a possibility of provisional execution of the sentence presenting a better argumentative framework.

Keywords: Provisional Execution of Penalty; Prison-Penalty; Federal Court of Justice; Presumption of Innocence; Presumption of non-guilt.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. - Artigo.

CF/88 – Constituição Federal de 1988.

CP – Código Penal.

CPP - Código de Processo Penal.

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

Min. – Ministro.

Rel. – Relator.

RJ – Rio de Janeiro.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: A pena de fogueira na inquisição	30
Figura 02: O rei João sem Terra, da Inglaterra, assinando a Magna Carta em 1215	33
Figura 03: Penitenciária estadual para o distrito leste da Pensilvânia.....	44
Figura 04: Torre de Vigilância do sistema panóptico.....	47
Figura 05: Julgamento de Nuremberg.....	52
Figura 06: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789	58
Figura 07: Adam Smith (1723-1790) (à esquerda) John Locke (1632-1704) (à direita)	62
Figura 08: Eros Roberto Graus (Ex-Ministro do STF – 2004 - 2010)	85
Figura 09: Carlos Alberto Menezes Direito (Ex-Ministro do STF – 2007 –2009)	88
Figura 10: José Celso de Mello Filho (Ex-Ministro do STF – 1989 – 2020)	89
Figura 11: Joaquim Benedito Barbosa Gomes (Ex-Ministro do STF – 2003 – 2014)	90
Figura 12: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Ex-Ministro do STF – 2003 - 2012)	92
Figura 13: Antonio Cezar Peluso (Ex-Ministro do STF – 2003 – 2012)	93
Figura 14: Gilmar Ferreira Mendes (Ministro do STF – 2002 - atual)	94
Figura 15: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (Ministro do STF – 1990 – atual)	95
Figura 16: Luiz Edson Fachin (Ministro do STF – 2015 – atual).....	96
Figura 17: Luís Roberto Barroso (Ministro do STF – 2013 – atual)	98

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016... 19

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional	20
--	----

SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
Lista de Abreviaturas e Siglas	
Lista de Figuras	
Lista de Gráficos	
INTRODUÇÃO	16
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO FORMA DE COERÇÃO ESTATAL	19
1.1 A prisão na Idade Antiga	21
1.2 A prisão na Idade Média.....	26
1.3 A prisão na Idade Moderna	35
1.4 A prisão-pena na Idade Contemporânea.....	41
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM VIÉS HISTÓRICO	51
2.1 A presunção de inocência como expressão do Estado de Direito.....	60
2.2 A consagração da presunção de inocência como conteúdo indissociável da dignidade da pessoa humana: o status de direito humano	68
2.3 A presunção de inocência no constitucionalismo brasileiro.....	74
3 INSTABILIDADE E INOVAÇÃO INTERPRETATIVA? UMA ANÁLISE DA TUTELA DA PERMISSIVIDADE DA PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA, SOB OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	78
3.1 Ruídos e mudanças interpretativas: em exame, o retrospecto do debate jurisprudencial em Segunda Instância.....	84
3.2 O STF em compreensão? A Suprema Corte em papel contramajoritário e representativo da hermenêutica constitucional	100
3.3 O cabimento da execução provisória da prisão após a sentença penal condenatória em Segunda Instância: em avaliação, os crimes de pequeno, médio e com alto potencial ofensivo	105
CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso possui como objetivo geral analisar o princípio da presunção de inocência e seus aspectos constitucionais e penais e seus respectivos limites e, também, examinar a prisão-pena como figura final do princípio da presunção de inocência. Para alcançar esse objetivo geral, é delimito a temática ao analisar os seguintes objetivos específicos: caracterizar a história do Direito Penal e a aplicação de medidas cerceamento de liberdade por meio da prisão; examinar a possibilidade de Prisão-Pena sem a existência da sentença penal condenatória transitada em julgado; analisar o Princípio da Presunção de Inocência à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Feitas essas considerações, levanta-se duas hipóteses a serem ou não respondidas, quais sejam: embora a liberdade seja a regra e a prisão a exceção, é preciso compreender os limites constitucionais e legais do princípio da presunção de inocência e sua possibilidade após a condenação em segunda instância, tendo em vista a definitividade do julgamento da matéria de fato; e o caráter proibitivo do encarceramento como efeito automático da condenação na sentença penal condenatória em segunda instância seria justificável nos crimes de elevado potencial ofensivo. De outro ângulo, seria inaplicável aos crimes menor potencial ofensivo e médio potencial ofensivo, sobretudo nos casos de agente primário e de o crime ser sem violência ou grave ameaça.

No primeiro capítulo, é feita uma pesquisa sobre a evolução histórica da prisão como forma de coerção estatal, para tanto é feito uma divisão em quatro subseções a fim de que seja possível a análise específica de cada período histórico. Assim, a prisão é analisada sob os aspectos da Antiguidade; Idade Média; Idade Moderna e Idade Contemporânea e suas respectivas particularidades. Com isso, na Idade Antiga é analisado conceitos como vingança divina, vingança privada e vingança pública. Além da prisão como forma de acautelamento para posterior julgamento e não como forma de pena propriamente dita. Na sequência, a Idade Média é marcada pela influência da Igreja Católica na sociedade, bem como a inquisição como forma de punição estatal daqueles que se manifestam contrariamente à Igreja. Na Idade Moderna, começa o movimento Iluminista e a ascensão do Capitalismo o que ocasiona o surgimento das primeiras penitenciárias e a prisão surgimento como uma forma

alternativa de cumprimento de pena. Ao final, a Idade Contemporânea é palco do debate acerca dos regimes penitenciários e, dentre eles, o sistema progressivo adotado pela maioria dos países.

Em sequência, no segundo capítulo, em complemento ao primeiro, é realizado os aspectos históricos que desdobram o princípio da presunção de inocência e, para alguns, presunção de não-culpabilidade, já que esse princípio possui aplicação sobre o juízo de culpabilidade. Deste modo, é feito uma correlação histórica da origem do princípio da dignidade da pessoa humana e sua incidência no princípio da presunção de inocência. Além disso, a importância do movimento para a geração dos primeiros documentos históricos que originaram o presente princípio como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Por essa razão, é tido o princípio da presunção de inocência como um direito humano de primeira dimensão (geração) visto que o objetivo é impedir os abusos cometidos pelo poder do Estado. Ainda, ao final do segundo capítulo, é realizado uma análise do princípio da presunção de inocência e sua presença – ou não – no constitucionalismo brasileiro.

Ao final, o terceiro capítulo objetiva visualizar a instabilidade e inovação interpretativa, sendo feita uma análise da tutela da permissividade da prisão após a sentença penal condenatória em segunda instância, sob os aspectos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Assim, é tecidos comentários acerca da hermenêutica jurídica, suas origens e diferenciação para demais ciências, bem como sua diferenciação para a hermenêutica jurídico-constitucional. Analisado essa temática, parte-se para análise dos três casos emblemáticos: o Habeas Corpus (HC) nº 84-078-7, de 2009, que alterou a jurisprudência a fim de vedar a possibilidade da execução provisória da pena; Em sequência, do julgamento da Ação Direita de Constitucionalidade nº 43 do Distrito Federal que retornou o entendimento anterior a 2009 a fim de permitir a execução provisória da pena. Por fim, a análise disso frente a alteração do entendimento com o entendimento elencado pelo Supremo ao julgar novamente a temática em 2019 ao retomar o entendimento de 2009.

Compreendido os detalhes e argumentos técnicos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, parte-se para uma análise mais detalhada acerca do cabimento da execução provisória da prisão após a sentença penal condenatória em segunda instância: em avaliação, dos crimes de pequeno, médio e com alto potencial ofensivo, bem como os crimes sem violência ou grave ameaça e os com violência e grave ameaça.

Como metodologia, optou-se pela condução sob os métodos científicos histórico e dedutivo. O método histórico encontrou-se assento e utilidade na proposta de abordagem contextual requerida do tema, a fim de se estabelecer as bases primárias de concepção e debate sobre a questão central do presente. O método dedutivo, por sua vez, se revelou imprescindível para o recorte e o enfrentamento da proposta temática. Ainda no que concerne à abordagem, a pesquisa se caracteriza como dotada de aspecto qualitativo; em relação aos objetivos, pesquisa exploratória; quanto à delimitação temporal, trata-se de pesquisa pautada em estudos retrospectivos.

No que se referem às técnicas de pesquisa, em razão do enquadramento procedimental, cuida-se de revisão de literatura sob o formato sistemático, cujo recorte e colheita de material obedeceu, criteriosamente, a correlação e aderência dos materiais selecionados com o conteúdo central debatido. Para tanto, além dos aportes teóricos tradicionais correlatos à disciplina em questão, foram empregadas como base de buscas e seleções as plataformas do Google Acadêmico e do Scielo. De maneira secundária e complementar, foram empregadas pesquisas documentais.

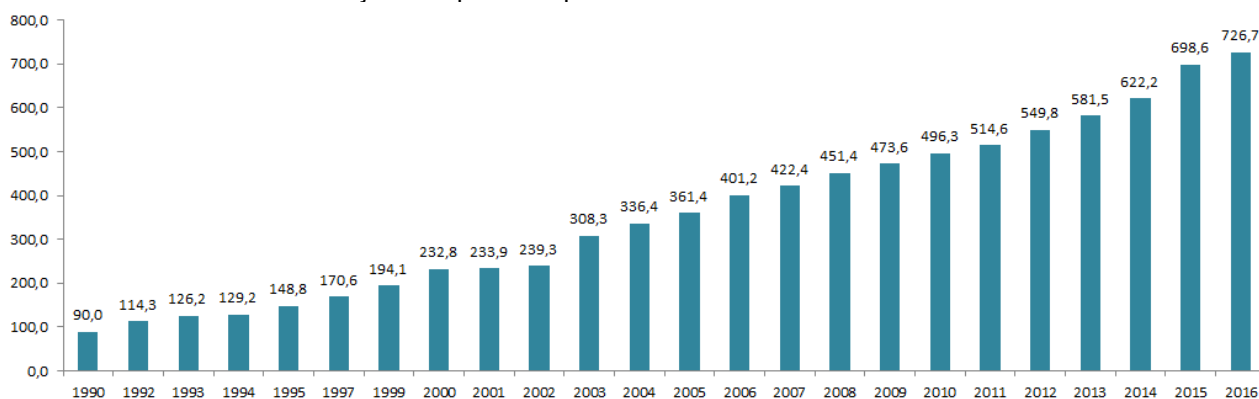
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO COMO FORMA DE COERÇÃO ESTATAL

A Idade Contemporânea está encoberta pela presença ativa do Direito Penal como solucionador de os conflitos sociais, adotando-se um posicionamento de encarceramento da população, como meio de punir e reprovar a conduta do agente. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt assevera que:

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que a mesma guarda em sua essência contradições insolúveis, que a pós-modernidade precisa resolver. (BITENCOURT, 2020, p. 1279).

Na visão do autor, a prisão é uma exigência necessária da sociedade atual, pois seria um mal necessário, porém em constante evolução. Essa situação de “mal necessário” é refletida em dados e estatísticas na sociedade brasileira, a saber:

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016.



Fonte: DEPEN, 2016

Conforme o supracitado gráfico, em 1990, no Brasil, havia uma população carcerária de 90 mil pessoas, ao passo que essa população alcançou o patamar de 726 mil pessoas, em 2016. Feito essa disposição inicial, é perceptível a diferenciação habitacional que ocorreu nesse período. Ainda, segundo dados apresentados pelo Google, em 1990, o Brasil possuía uma população de 149 milhões de pessoas e, em 2016, a população chegou ao patamar de 206 milhões de habitantes. (GOOGLE, s.d.).

Com base nesse índice populacional, destaca-se os principais sistemas prisionais do mundo:

Tabela 1. Informações prisionais dos vinte países com maior população prisional.

País	População prisional	Taxa de aprisionamento (100 mil/hab)	Taxa de ocupação	% de presos sem condenação
Estados Unidos	2.145.100	666	103,9%	20,3%
China	1.649.804	118	NI	NI
Brasil	698.618	342	188,2%	37,5%
Rússia	646.085	448	79,0%	17,5%
Índia	419.623	33	114,4%	67,2%
Tailândia	300.868	445	144,8%	20,6%
México	233.469	192	111,6%	39,6%
Irã	225.624	287	161,2%	25,1%
Indonésia	202.623	78	182,0%	32,0%
Turquia	201.177	254	103,8%	34,5%
África do Sul	161.984	291	132,7%	27,9%
Filipinas	142.168	140	316,0%	63,6%
Vietnã	130.679	139	NI	12,0%
Colômbia	118.532	235	148,8%	31,1%
Etiópia	111.050	128	NI	14,9%
Egito	106.000	116	NI	9,9%
Reino Unido	85.348	146	112,1%	10,9%
Paquistão	80.169	43	171,6%	69,1%
Peru	79.644	252	230,7%	42,5%
Marrocos	79.368	227	157,8%	42,4%

Fonte: DEPEN, 2015.

Diante dessa exposição, percebe-se que os vinte países com maior população prisional obtêm a quantidade significativa de 7.817.933 (sete milhões, oitocentos e dezessete mil e novecentos e trinta e três presos) (DEPEN, 2015). Sendo, portanto, possível de constatar que a figura do encarceramento como medida aplicada pelo Direito Penal, não é uma medida local, mas sim mundial, já que, em sua maioria, os sistemas prisionais estão superlotados, conforme evidência a respectiva tabela. (DEPEN, 2015).

1.1 A PRISÃO NA IDADE ANTIGA

Nos primórdios do Direito Penal, o ser humano já vivia em agrupamentos sociais, exercendo seus laços afetivos, dividindo e compartilhando amores, feições, tristezas, conquistas, dentre outros sentimentos. Contudo, essa relação não era tão amigável, conforme assevera Nucci: “Desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição”. (NUCCI, 2019, p. 114).

Essa sociedade primitiva era regida pelo misticismo, em que acreditavam na existência de vários deuses e a manifestação desses deuses se dava por meio de eventos naturais como terremotos, chuvas, trovões, seriam eventos decorrentes dos deuses. Desta forma, narra Nucci sobre essa sociedade:

Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. (...) Na relação totêmica, instituiu-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (proibição sagrada, ligada às religiões primitivas). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses abrangeria todo o grupo. (NUCCI, 2019, p. 114).

Diante dessa situação, os indivíduos que possuíam essa cultura foram apelidados de sociedade Totêmica, pois os “deuses” seriam os totens e, nas palavras de Rogério Sanches Cunha:

Quando membro do grupo social descumpria regras, ofendendo os "totens", era punido pelo próprio grupo, que temia ser retaliado pela divindade. Pautando-se na satisfação divina, a pena era cruel, desumana e degradante. (CUNHA, 2019, p. 44).

Com isso, o próprio agrupamento aplicava as penalidades divinas, no uso da denominada vingança divina – geralmente por meio de sacerdotes – e essas penas incluíam, até mesmo, o sacrificio de pessoas ou famílias inteiras, para que a “ira dos totens” fosse cessada. (NUCCI, 2019). Após os primórdios da humanidade e a vingança divina, surge a vingança privada. Sendo que a vingança privada é conhecida, na visão de Rogério Greco, como a primeira modalidade de pena da história e era tida como o meio de retribuição pelo mal praticado. Essa vingança

poderia ser exercida por qualquer pessoa, não apenas por aquele que sofreu o dano, legitimando, assim, conflitos entre membros de famílias. (GRECO, 2017).

Por essa razão, a prisão na Idade Antiga (ou Antiguidade), não era reconhecida como uma espécie de pena, embora o encarceramento de infratores pela antiguidade seja um fato existente. Logo, essas prisões não possuíam o objetivo de punir o delinquente, mas tão somente de preservá-los até o seu julgamento. Essa ideia da prisão foi mantida até o fim do século XVIII. (BITENCOURT, 2020). Sobre as modalidades de pena na Antiguidade e a prisão, Cezar Bitencourt assinala que:

Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. Por isso, a prisão era uma espécie de “antessala” de suplícios, pois se usava a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade. A prisão foi sempre uma situação de grande perigo, um incremento ao desamparo e, na verdade, uma antecipação da extinção física do indivíduo. (BITENCOURT, 2020, p. 1281).

Com base no excerto, nos primórdios da Antiguidade o ideal de pena era tido como aquelas que incidiam fisicamente sobre o delinquente, isto é, pena de morte e penas corporais, não existindo a concepção de que outros meios seriam cabíveis e suficientes para a repreensão da prática criminosa, sendo, logo, a privação de liberdade apenas um momento anterior e necessário para a aplicação da pena corporal. Mesmo não existindo propriamente a pena de prisão, Platão chegou a propor a existências de tipos de estabelecimentos prisionais, conforme assevera Guzman:

Platão, contudo, propunha, no livro nono de *As Leis*, o estabelecimento de três tipos de prisões: “uma na praça do mercado, que servia de *custódia*; outra, denominada *sofonisterium*, situada dentro da cidade, que servia de correção, e uma terceira destinada ao ‘suplício’ que, com o fim de amedrontar, deveria constituir-se em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade”. (GUZMAN, s.d, p. 73 *apud* BITENCOURT, 2020, p. 1282).

A referida aceção de Platão, inclusive, assemelha-se aos chamados regimes prisionais: fechado, semiaberto e aberto. Sendo que “uma na praça do mercado”, equivalendo ao regime aberto; outra “dentro da cidade” equivalendo ao regime semiaberto; e, por fim, “em lugar deserto e sombrio, o mais distante possível da cidade” estritamente relacionado ao regime fechado. (BRASIL, 1940). Nesse sentido:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL, 1940).

Feitas essas considerações, a ideia embrionária de prisão proposta por Platão acompanhou o progresso da humanidade e resultou nas modalidades de prisão-pena existentes na sociedade contemporânea. Em decorrência da aplicação da vingança privada, ocorreu o extermínio de pessoas, famílias, grupos sociais e até mesmo sociedades, haja vista que a vingança é um ciclo vicioso e sem fim. (NUCCI, 2019).

Com o objetivo de evitar essa situação, surge a *lei de talião* a qual determinava que reação seria proporcional ao mal praticado, criando o famoso bordão “olho por olho, dente por dente”. Deste modo, nas palavras de Bitencourt: “Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”. (BITENCOURT, 2020). Assim, na antiga Babilônia, surgiu Código de Hamurabi (séc. XIX a.C. – 1792-1750 a.C.), conhecido desta forma em decorrência do rei da Babilônia, Hamurabi. O seu rei era conhecido por seu senso de justiça e, também que ele visava por realizar uma reforma legal e que evitaria os abusos daquela época. (BITENCOURT, 2020).

Dentre as características adotadas pelo Código de Hamurabi estava a lei do talião e a composição. Como exemplo da aplicação da lei do talião era previsto que se um *awilum* (homem livre) quebrar o osso de outro *awilum*, será quebrado outro osso igual do infrator. Por sua vez, a composição podia ser notada na hipótese de se um *muskênum* destruiu o olho ou quebrou um osso de outro *muskênum*, deverá, então, pesar 1 mina de prata (PRADO, 2019).

Por sua vez, de cunho monoteísta, as Leis Mosaicas (Direito Hebreu), o Pentateuco (Thora), os livros da Bíblia (1500 a.C.) atribuídos a Moises, adotaram a lei do talião e a composição, como formas de aplicação da pena. Assim, cita-se, por exemplo, a aplicação da lei do talião ao definir que aquele que furtar um boi, deverá pagar 5 bois à vítima, se furtou um caneiro, pagará 4 carneiros à vítima, como aplicação da composição previa que se um homem destruir o campo de outrem, deverá fornecer à vítima o melhor do que seu campo tinha a oferecer. (PRADO, 2019).

Todavia, o princípio de talião, a longo prazo, começou a apresentar problemas sociais, já que com o aumento populacional, também aumentou a incidência da lei do talião e, então, boa parte populacional não possuía algum membro, sentido ou função, ou possuía alguma forma de mutilação. (BITENCOURT, 2020). Como solução para isso, Bitencourt narra que:

Assim, evoluiu-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal. (BITENCOURT, 2020, p. 188).

No mesmo sentido, Estefam e Gonçalves narram, em seu magistério, sobre o sistema de composição:

Ao se introduzir a composição ou *compositio*, acentuava-se o poder estatal, em que o soberano e seus representantes atuavam como intermediários entre a vítima e o infrator, regrido-se o processo reparatório, com a criação, inclusive, de tabelas mensurando o quantum devido. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020, p. 94).

Desta maneira, a composição exigia a intervenção do poder estatal e era mais um mecanismo para que fosse afastado a vingança privada. Além disso, de acordo com o narrado, a sociedade antiga chegou à conclusão que a lei do talião não estava conseguindo suprir o seu objeto social e, então, começou a ser feitas transações financeiras, pois eram mais benéficas para solucionar os conflitos do que a perda dos membros, sentidos ou funções corporais. (BITENCOURT, 2020). No mesmo sentido, é o exposto por Bitencourt:

A Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.) foi o primeiro código romano escrito, que resultou da luta entre patrícios e plebeus. Essa lei inicia o período dos diplomas legais, impondo-se a necessária limitação à vingança privada, adotando a lei de talião, além de admitir a composição. (BITENCOURT, 2020, p. 190).

Consoante o exposto, o Código de Hamurabi; Leis Mosaicas; e Lei das XII Tábuas, possuíam em comum que adotavam a lei de talião e admitiam a aplicação da composição como forma de solucionar os conflitos, com as devidas proporcionalidades de tempo, local e cultura. Em sentido diverso da aplicação da lei

do talião e a composição, cita-se, ainda, a existência do Código de Manu, de acordo com as lições apresentadas por Prado:

De sua vez, na Índia, o Código de Manu (séc. XI), de caráter religioso, teocrático, não fazia nenhuma referência ao talião ou à composição. Mas, a sanção, ainda que de caráter sacral e expiatória, era imposta pelo rei com finalidade de conservar a ordem social. (PRADO, 2019, p. 104).

Desta maneira, o rei era o responsável por aplicar as sanções de caráter sacral e expiatória, como um representante de Deus, tal Código inovou a trazer concepções de que os cúmplices receberiam as mesmas penas do autor do delito e, também, modalidades de crimes culposos em virtude de negligência ou imperícia. (PRADO, 2019). Embora a vasta aplicação da vingança privada na Antiguidade, ela não prosperou isoladamente. Desta feita, o Estado, sob o argumento de melhor organização comunitária, avocou para si o poder de punir aqueles que não respeitassem a lei e, também, o dever de realizar essa tarefa. Para tanto, as autoridades públicas recebiam a autoridade de aplicar punições sob o caráter público, mesmo que de forma arbitrária.

Portanto, não era mais a própria vítima que exercia sua vingança, mas sim, um terceiro, o Estado que estaria incumbido dessa tarefa. Cleber Masson pontua que: “A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal vigente”. (MASSON, 2017, p. 76).

Salienta-se que, nesse período, as espécies de pena eram o esquartejamento; a roda; a forca; castigos corporais; amputações; a fogueira; entre outras. Ocorre que, conforme salienta Cezar Bitencourt: “Ao lado da vingança pública, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, formas de vingança que ainda não mereciam ser denominadas Direito Penal” (BITENCOURT, 2020, p. 189).

Pelo exposto, a vingança pública não substituiu integralmente a vingança divina e a vingança privada, haja vista que cada um tinha seu âmbito de atuação. A vingança pública atingiria determinadas condutas que o soberano visava proteger, ao passo que a vingança divina era aquela que a igreja realizava, e a vingança privada de acontecimentos pessoais daquele povo.

Nessa linha, Bitencourt narra que: “Na Roma Antiga, a pena também manteve seu caráter religioso e foi, igualmente, palco das diversas formas de vingança. Mas

logo os romanos partiram para a separação entre direito e religião” (BITENCOURT, 2020, p. 189). Diante dessa situação da vingança, surge a indagação sobre a efetiva aplicação do princípio da reciprocidade, com isso, ele consegue se manifestar em diversas formas. Para a antropologia, a reciprocidade é apenas condutas que gerem uma dádiva, isto é, aspectos positivos que se exteriorizam por meio de prestações sociais, oferendas, partilhas. (SABOURIN, 2011).

Mas existe, também, uma forma de **reciprocidade negativa**: a dos **ciclos de vingança**. Diferentemente da troca, cujo desenvolvimento é associado à lógica da concorrência e do acúmulo pelo lucro, **a lógica da vingança está ligada a uma dialética da honra** como a dádiva está ligada a uma dialética do prestígio. Contudo, a sede de prestígio (fonte de autoridade e, portanto, de poder, nas sociedades de reciprocidade) motiva o crescimento da dádiva mais eu dou, mais eu sou. Entre as expressões extremas das formas negativas e positivas da reciprocidade, as sociedades estabeleceram, então, diversas formas intermediárias. Trata-se, em particular, de controlar o crescimento da dádiva: a ostentação, o potlatch, a dádiva agonística que podem destruir e submeter o outro mediante o prestígio. (SABOURIN, 2011, p. 30-31).

Consoante o excerto esposado, essa reciprocidade não visa aspectos positivos, como comemorações, mas sim perpetuação do ciclo da vingança. Além disso, esse vínculo da vingança está intimamente conectado ao ideal de proteção da honra. Por essa razão, era normal o acontecimento de que um pai matava o filho de outra família e, então, o pai dessa família matava o filho desse pai homicida, geralmente, portanto, o ciclo de vicioso de vingança privada, com sangue e ódio sem precedentes. Assemelha-se, destarte, a reciprocidade negativa à lei de talião, pois a máxima de “olho por olho, dente por dente” é caracterizado por tratar o mal reciprocamente com o mesmo mal.

1.2 A PRISÃO NA IDADE MÉDIA

A Idade Média é o período histórico iniciado no ano de 476, em virtude da queda do Império Romano. Por sua vez, o seu fim foi ocasionado pela tomada da cidade cristã de Constantinopla pelos turcos em 1453. Assim, sua duração foi de quase 1000 anos. (MACDONALD, 1999). As leis e costumes eram baseados nos dogmas cristãos, os quais defendiam que todo bom cristão iria para o céu e o mau cristão estaria

condenado ao inferno. (MACDONALD, 1999). Acerca da Igreja no período medieval, destacam-se os ensinamentos de Huberman:

A Igreja constituía uma organização que se estendeu por todo o mundo cristão, mais poderosa, maior, mais antiga e duradoura que qualquer coroa. Tratava-se de uma era religiosa e a Igreja, sem dúvida, tinha um poder e prestígio espiritual tremendos. Mas, além disso, tinha riqueza, no único sentido que prevalecia na época- em terras. (HUBERMAN, 1981, p. 15).

Com base nesse excerto, a Igreja Católica não era apenas uma instituição de adoração aos dogmas cristãos, mas sim a organização mais poderosa, antiga e duradoura do que qualquer regime monarca, haja vista que, inclusive, nos tempos contemporâneas a presença da Igreja Católica ainda apresenta elevado valor moral para sociedade. Na sequência, Huberman explicita o motivo pelo qual a Igreja é detentora de tamanho poder na sociedade medieval.

A Igreja foi a maior proprietária de terras no período feudal. Homens preocupados com a espécie de vida que tinham levado e desejosos de passar para o lado direito de Deus antes de morrer, doavam terras à Igreja; outras pessoas, achando que a Igreja realizava uma grande obra de assistência aos doentes e aos pobres, desejando ajudá-la nessa tarefa, davam-lhe terras; alguns nobres e reis criaram o hábito de, sempre que venciam uma guerra e se apoderavam das terras do inimigo, doar parte delas à Igreja; por esses e por outros meios a Igreja aumentava suas terras, até que se tornou proprietária de entre um terço e metades de todas as terras da Europa ocidental., Bispos e abades se situaram na estrutura feudal da mesma forma que condes e duques. (HUBERMAN, 1981, p. 15)

Com isso, a doutrinação imposta pela Igreja era direcionada para todas as classes sociais, do servo ao rei. Assim, a Igreja recebia doações pelos detentores de riquezas (terras) com o objetivo de resguardar sua salvação no céu, isto é, a troca das riquezas mundanas pelas riquezas celestiais. Por essa razão, tornou-se proprietária da metade das terras da Europa Ocidental, exercendo sua influência religiosa e política a todos os reinos que adotavam seus dogmas. (HUBERMAN, 1981). Contudo, tal domínio não durou muito tempo, com a crítica realizada à Igreja e a invasão da cidade católica de Constantinopla, conforme relata Macdonald:

No final da Idade Média, os sacerdotes e líderes da Igreja eram largamente criticados por seu amor ao luxo, sua negligência pelos

deveres paroquiais e seu envolvimento na política. Estudiosos e pessoas esclarecidas começaram a exigir reformas nos ensinamentos da Igreja e que fosse permitido o estudo da Bíblia por conta própria. (MACDONALD, 1999, p. 36).

Desta forma, a crítica a Igreja e a invasão turca na sobredita cidade foram marcos para a queda de hegemonia da igreja na Idade Média, pois seus dogmas iam de encontro aos seus ensinamentos de não possuir amor ao luxo e sua negligência pelos deveres paroquiais. Durante o período da chamada Baixa Idade Média, entre os séculos XII e XIII, a Igreja Católica alcançou o ápice de sua influência na sociedade e obteve o poder de dizer o direito. Esse poder foi manifestado a partir do processo inquisitorial, no qual a Igreja determinava o combate às heresias, que seriam quaisquer atos atentatórios contra os ensinamentos religiosos, nas palavras de Wolkmer:

Foi no período da Baixa Idade Média (séculos XII e XIII) que o poder eclesiástico atingiu o seu apogeu; os reis recebiam o seu poder da Igreja, que os sagrava e podia excomungá-los. Nesse período é que teve início a Inquisição, criada para combater toda e qualquer forma de contestação aos dogmas da Igreja Católica. Recebeu essa denominação devido ao processo *per inquisitionem* utilizado pelas cruzadas religiosas no combate às heresias. (WOLKMER, 2006, p. 192).

Por essa razão, a Inquisição, também conhecida como Tribunal do Santo Ofício, teve início com a Bula Papal de Gregório IX, em 1232, e aqueles que criticavam a Igreja, bem como praticavam atos os quais a Igreja não aprovava eram submetidos ao julgamento pela Igreja. (WOLKMER, 2006). Nas palavras de Castro, os hereges são: “pessoas ou grupos que acreditavam em um catolicismo considerado “desviado” ou praticavam atos que, naquele período em que a superstição reinava, eram indicados como bruxaria ou feitiçaria”. (CASTRO, 2007, p. 137).

Nesse sistema de acusação, os acusados do cometimento de atos hereges eram submetidos à tortura com a finalidade de se obter uma confissão. Essa confissão, era tida como a “rainha das provas”, pois independente das provas produzidas, a confissão era a prova com o maior valor e, por si só, era suficiente para à condenação do acusado. Além disso, a figura do juiz se confundia com o acusador, ou seja, aquele quem acusava era aquele que julgava. Desta forma, a tortura poderia ser utilizada como uma pena propriamente dita, na modalidade de pena corpórea,

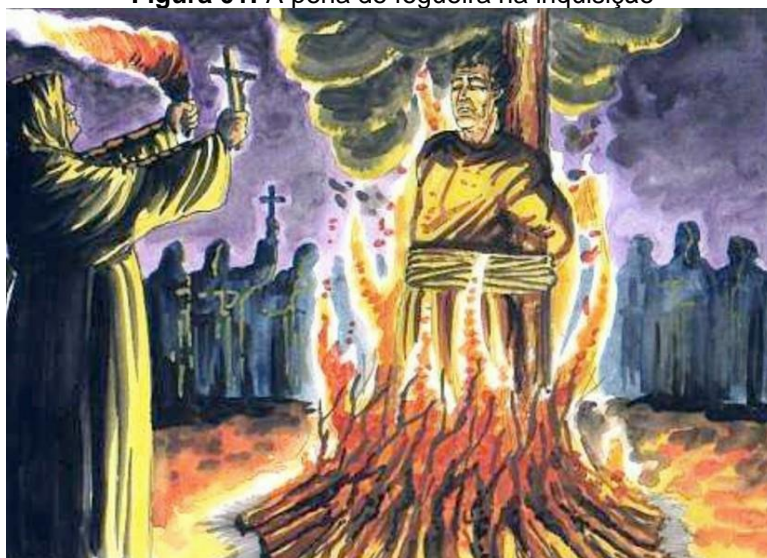
porém a tortura era popularmente utilizada na inquisição como meio de obtenção de prova. (CASTRO, 2007).

Assim, após obtida a confissão era iniciado a próxima etapa, o cumprimento da pena, em sua maioria a morte. Sendo a morte a principal espécie de pena, ela poderia ser cumprida de diversas formas: queima na fogueira; estrangulamento; arrebatamento de membros; quebra de cabeça ou degola; puxamento por quatro cavalos para desmembramento dos membros. (WOLKMER, 2006).

As penas de morte utilizadas eram impostas, entre outras formas, por esquartejamento (com os membros amarrados com animais), fogo, roda, forca e decapitação. A roda era uma das mais temidas porque o sujeito era amarrado em uma roda e atacado violentamente com porretes na altura dos rins e nos braços e pernas (que se quebravam) esperando, de cabeça para baixo, a morte chegar. (CASTRO, 2007, p. 79).

Não obstante, ressalta-se que a denominada fase da perseguição às bruxas, no período Inquisitorial, submetia às pessoas a pena de morte na fogueira para serem queimadas vivas, pelo fato de não seguirem os ensinamentos da igreja, ou apresentarem um risco para as ações da igreja e, portanto, eram acusadas de realizarem feitiçaria, por qualquer motivo, até mesmo pela produção de poções medicinais a partir de ervas. Por essas razões, era tido que as bruxas possuíam relações demoníacas e adoravam ao Satã e, então, deveriam ser sacrificadas na fogueira para o Deus Cristão. (WOLKMER, 2006).

Figura 01: A pena de fogueira na inquisição



Fonte: OPINIÃO e NOTÍCIA, 2018.

Contudo, o papel da Igreja não ficou, neste cenário histórico, limitado à perseguição dos hereges, conforme frisa Wolkmer:

Sob a égide da Inquisição, o clero, juntamente com os Estados absolutistas em ascensão, fundamentou suas perseguições ampliando o rol dos culpáveis, englobando em suas tipificações, além da criminalidade comum, qualquer oposição que criticasse o saber oficial. Estabeleceu-se uma estrutura ampla e onipresente de poder que não admitia a existência do “outro”, do diverso, que era determinado pelo adjetivo herético. (WOLKMER, 2006, p. 207).

Desta forma, o Tribunal do Santo Ofício teve início a partir da perseguição religiosa, mas, logo, adotou outras formas, servindo, inclusive, para a punição de tipificações diversas do valor religioso. Assim, a Igreja era detentora do poder único e qualquer pessoa que pudesse ameaçar seu poder seria perseguido e morto. (WOLKMER, 2006). Silva, por seu turno, acresce que

Então temos que considerar que toda pessoa prisioneira da Inquisição era culpada, para poder se portar de forma satisfatória frente às provas do Tribunal. Mas, se todos eram culpados, não havia sequer a necessidade de um processo que, em tese, deveria servir exatamente para saber se alguém é culpado ou não de determinada acusação. (SILVA, 2001, p. 05.)

Ademais, é preciso enfatizar que o processo de aplicação da pena de morte (forca; fogueira; desmembramento, etc.) decorre do critério de mortificação corporal cristã o qual dispõe que a finalidade seria de neutralizar as influências negativas que decorrem do pecado original. Nesse tido, o Cardeal Desidério José Mercier relata que mortificar é:

(...) reduzir praticamente à impotência, à inércia e à esterilidade de um morto; é preciso impedir que nos dê seu fruto próprio, que é o pecado, e anular sua ação em toda nossa vida moral. A mortificação cristã deve, pois, se estender a todo o homem, chegar a todas as atividades em que nossa natureza se desenvolve. (MERCIER, s.d., p. 01).

Com o objetivo de atingir essa finalidade, os adeptos da Igreja Católica, na Idade Média, utilizavam-se de cilício – amarrando em uma parte do corpo durante o dia, para que incomode a pele – e também por meios diretos como ferir a pele por meio de auto açoitamento, conforme preleciona o Padre Paulo Ricardo:

O cilício é um objeto que se utiliza para incomodar a pele, podendo ser constituído por tecidos ásperos, sacos de estopa ou mesmo pequenos ferros que, longe de perfurar a pele, causam certo incômodo, sendo eficazes na mortificação do sentido do tato. Este é o sentido do seu uso: a mortificação, isto é, buscar ordenar as coisas dentro de nós mesmos, já que, pelo pecado original, nossa carne corrompida quer governar a nossa alma. (RICARDO, 2013, s.p.).

Com base em todo o exposto, acerca da auto punição, certo é que os ensinamentos da Igreja Católica, no período Medieval, eram marcados pelo uso da mortificação corporal como forma de punição pelos próprios pecados. Sendo, portanto, aplicado aos hereges a pena de mortificação definitiva do corpo, isto é, a própria morte, pois só dessa maneira que estariam perdoados de seus pecados. Contudo, na Idade Contemporânea a mortificação cristã adotou outros modelos como a prática de jejum em detrimento do uso de chicotes e cilício, além disso a pena de morte, embora ainda exista, está em processo de desconstrução pela sociedade. (MERCIER, s.d.).

Feito essas ponderações, ressalta-se que processo da Inquisição não era dotado de presunção de inocência ou não culpa, pois aqueles que eram submetidos ao julgamento já eram considerados culpados, não havendo brechas para que fosse provada a sua inocência. Ora, tal premissa decorria da ideia de que a Igreja Católica nunca poderia errar, porque era a representante da palavra de Jesus Cristo na terra. (SILVA, 2001). Nesse sentido, Albergaria leciona que:

No processo inquisitório, a prova também poderia ser obtida por meios divinos: baseando-se na fé de que “Deus fez o mundo, por isso a ele tudo é possível”, “Deus abriu o mar”, “Deus é justo e jamais permite uma injustiça” e, ainda, que “Deus sempre Salva”, os julgamentos não tinham o menor critério de racionalidade. Como exemplo, **era muito comum amarrar uma pedra muito pesada no pescoço do acusado e jogá-la no rio**; como Deus pode tudo, é justo e por isso não permite nenhum tipo de injustiça, se a pessoa fosse inocente, Deus tiraria a pessoa d’água e a salvaria. Para completar o raciocínio medieval, como ninguém se salvava, a Igreja se vangloriava de nunca ter errado um único julgamento. (ALBERGARIA, 2019, p. 82). (grifo nosso)

Nesse período, a prisão não era uma forma de cumprimento de pena, mas sim uma medida cautelar para assegurar futura imposição de pena corporal de castigo ou de morte. Desta forma, a pessoa que era acusada da prática de um ato herege não possuía conhecimento do fato pelo qual estava sendo acusada, muito menos por quem estava sendo acusada (anonimato). Ademais, caso não houvesse prova o

suficiente para a condenação às penas físicas, o acusado ficaria acautelado – preso – até que fosse juntadas provas suficientes ou que ele decidisse confessar o fato, logo essa situação é similar ao ocorrido no período da Idade Antiga, isto é, não ocorreu evolução na forma de aplicação no Direito Penal com o passar de centenas de anos. (SILVA, 2001). Acerca da competência da Igreja para julgamento dos crimes:

Em matéria penal, era de competência dos Tribunais Eclesiásticos processar e julgar todas as pessoas que praticassem alguma infração contra a religião (heresia, apostasia, simonia, sacrilégio, bruxaria, etc.), bem como o adultério e a usura. No apogeu da Inquisição, os Tribunais Seculares da Europa ganharam jurisdição sobre tais crimes, suplementando os Tribunais Eclesiásticos como instrumentos judiciais da perseguição. (WOLKMER, 2006, p. 195).

Deste modo, a Igreja Católica exercia plenos poderes para perseguições criminais, devido a sua influência pela propriedade de metade dos feudos de toda a Europa, bem como o regime único de religião adotado pelos reinos, isto é, o próprio rei era submisso às vontades da Igreja. Em decorrência disso, os Tribunais Seculares – estatais – passaram a suplementar à atuação da Igreja, perseguindo e aplicando às penas. (WOLKMER, 2006).

No entanto, a Idade Média não foi um período de apenas retrocessos sociais. Deste modo, ressalta-se que, em 1189, na Inglaterra, o rei Ricardo Coração de Leão foi combater na Terceira Cruzada e, por essa razão, o seu irmão mais novo, John Lackland, ou João Sem Terra, o substituiu. Embora fosse irmão do rei, João possuía essa alcunha devido ao fato de seu pai, Henrique II, não ter deixado nenhuma terra para ele como herança. (ALBERGARIA, 2019).

A Terceira Cruzada teve início em 1189 e o término em 1192 com a captura de Ricardo Coração de Leão pelo Imperador do Sacro Império, Henrique VI, o qual cobrou a quantia de 150 mil *marcos* para sua liberação e essa quantia representava uma fortuna para aquela época. Com a finalidade de obter essa quantia, João Sem Terra aumentou a cobrança de impostos principalmente da nobreza. Como consequência disso, João obteve a quantia necessária para a libertação de seu irmão, contudo a nobreza ficou descontente com a situação. (ALBERGARIA, 2019).

Em 1199, oito anos após, o rei Ricardo Coração de Leão foi morto em batalha, sem deixar nenhum descendente e, por esse motivo, seu irmão João Sem Terra se tornou o definitivamente o rei. O seu reinado foi marcado por diversos conflitos, o inicial

decorreu do fato que João estava noivo de Isabel de *Gloucester*, porém se casou com Isabel de *Augoulême* resultando em uma guerra direta com a França em 1202. Durante a guerra, João não obteve êxito em vencer nenhuma de suas batalhas o que ocasionou na crise financeira da Inglaterra. (ALBERGARIA, 2019).

Além disso, João tentou influenciar na escolha do Arcebispo de Cantuária, o que foi tido como uma conduta ofensiva pelo Papa Inocêncio III, por essa atitude o papa excomungou João em 1211. Insatisfeito com essa situação, João decidiu confiscar todos os bens da Igreja no território da Inglaterra, atitude essa que irritou toda a classe da nobreza a qual já estava descontente em virtude dos aumentos de impostos e a crise econômica vivida, resultando em uma situação que beirou a guerra civil. (ALBERGARIA, 2019).

Com sua baixa popularidade, João decidiu empreender seus últimos esforços para recuperar suas posses da França e, novamente, sofreu baixas em todas as batalhas travadas, conforme ensina Nunes Júnior: “Foi definitivamente derrotado pela França, na batalha de Bouvines, em 27 de julho de 1214. O humilhante retorno do Rei João à Inglaterra em outubro de 1214 foi seguido de seis meses de uma paz inquieta”. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 62). Então, a derrota ocasionou sua rendição às vontades dos nobres da Inglaterra. Por sua vez, em 15 de junho de 1215, os nobres obrigaram que João assinasse o documento elaborado por eles e denominado como a Magna Carta, ou Carta Magna. (NUNES JÚNIOR, 2019).

Figura 02: O rei João sem Terra, da Inglaterra, assinando a Magna Carta em 1215.



Fonte: Britannica Escola, s.d.

A supracitada Carta assinada pelo rei possuía o objetivo de limitar os poderes do rei e sua atuação de forma arbitrária, positivando vários direitos e, dentre eles, o devido processo legal. Assim, a figura de poderes absolutos do rei deveria se sujeitar às leis, sendo um marco para o constitucionalismo e para o fim do absolutismo. (ALBERGARIA, 2019). Ainda, Albergaria ressalta que:

(...) é considerado um dos documentos jurídicos mais importantes feitos pelo Homem. Caracteriza o início do constitucionalismo e o primeiro passo histórico para o fim do absolutismo. Pela Carta Magna, João Sem Terra teve que renunciar a vários Direitos e, principalmente, a respeitar os procedimentos legais (*due process of law*). (ALBERGARIA, 2019, p. 84).

Dentre as disposições da Carta Magna, a sua Cláusula 39 foi a que se tornou mais conhecida em virtude de suas inovações, tal disposição previa que:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de sua propriedade, ou tomado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 62).

Com base nessa cláusula, poderia ser observada a presença do princípio da legalidade em sua concepção embrionária, pois previa o direito de não ser preso, de não ser aprisionado e também de não ser privado de sua propriedade ou tomada, ou ser exilado, foras das situações previstas em lei. Sendo que deveria existir um julgamento legal por seus pares, ou pela lei da terra, caracterizando as concepções iniciais do princípio do devido processo legal, já que a lei da terra seria o devido processo legal daquela localidade. (NUNES JÚNIOR, 2019). Diante dessa situação, a Magna Carta, durante a Idade Média, já propunha a ascensão do constitucionalismo, pautado no princípio da legalidade, princípio da propriedade e do devido processo legal. Além disso, para alguns estaria previsto, também, o habeas corpus na presente carta. (NUNES JÚNIOR, 2019).

Entretanto, João assinou a Carta Magna sem a intenção de cumpri-la o que, de fato, não o fez. Porém, ele não podia simplesmente descumprir a carta, pois necessitava de apoio e, para isso, buscou apoio das forças do papa Inocêncio III o qual disse que a referida carta era ilegal e denunciou em Roma o documento. Por

essa razão, em 24 de agosto de 1215, dois meses após a assinatura, a Carta Magna foi anulada. (NUNES JÚNIOR, 2019).

Os barões rebeldes, insatisfeitos com essa situação, se reuniram novamente e decidiram por depor o rei no outono de 1215 e ofereceram o trono para Luís, filho mais velho do rei Philip Augustus da França o qual aceitou a oferta sem objeções. O rei João tentou resistir às forças da França, porém faleceu em 1216 em decorrência de uma disenteria. Após sua morte, o seu filho, Henrique III, aceitou os termos da Magna Carta em 12 de novembro de 1216, em seu nome, e emitiu o selo do regente William Marshal. (NUNES JÚNIOR, 2019).

1.3 A PRISÃO NA IDADE MODERNA

Com a queda do Império Bizantino em 1453, com a invasão dos turcos, surgiu, dentre os intelectuais, uma nova forma de pensar baseado na filosofia e conjuntamente uma vontade de construir novas normas de condutas para os homens. Por meio dessas necessidades, destaca-se as chamadas Grandes Navegações. Sendo marco das Grandes Navegações o descobrimento das Américas, em 1492, por Cristóvão Colombo a descoberta de um caminho, por meio dos mares, que unia a Europa ao Extremo Oriente pela frota do Vasco da Gama, em 1498, e, ainda, a primeira circum-navegação pelo globo, por Fernão de Magalhães, de 1518 a 1522, que conferiu a informação que a terra não seria plana, mas sim esférica, fato esse que auxiliou na formação do pensamento heliocentrista, em detrimento do geocentrismo. (ALBERGARIA, 2019).

Nesse período surgiram os primeiros pensadores que começaram a defender a ideia que o poder não deveria ficar centralizado na Igreja, mas sim na figura do rei, logo, a Igreja deixaria de possuir o protagonismo, bem como da nobreza e demais ramificações da sociedade, sendo que todo o poder deveria ser centrado no rei, esse pensamento foi difundido como sendo o Estado Absolutista, isto é, o Estado no qual o rei a tudo podia e nada devia, isto é, havia apenas poderes, mas não deveres, conforme, aduz Albergaria acerca de Nicolau Maquiavel (1583-1645):

Maquiavel defendia um Estado Forte, em que o governante deveria visar à estabilidade interna e independência externa; em sua obra,

pela primeira vez, utiliza-se a palavra Estado. Por isso, defendia que ao monarca tudo é permitido (construção teórica do absolutismo). Assim, a famosa frase – que muitas vezes é levada ao extremo – tornou-se usual nos meios políticos até hoje: “os fins justificam os meios”. (ALBERGARIA, 2019, p. 101).

Na mesma linha de pensamento, Thomas Hobbes (1586-1679), em suas obras, defendia a existência de um Estado Absolutista, pois era necessária sua existência para o exercício da supremacia sobre as relações sociais, inclusive, a fé e doutrina, já que a existência desse Estado era requisito indispensável para que o Contrato Social fosse cumprido. Assim, destaca Hobbes que:

Portanto compete ao detentor do poder soberano ser o juiz, ou constituir todos os juizes de opiniões e doutrinas, como uma coisa necessária para a paz, evitando assim a discórdia e a guerra civil. Em sétimo lugar, pertence à soberania todo o poder de prescrever as regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar, e as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos: é a isto que os homens chamam propriedade. (HOBBS, s.d., p. 63).

Na visão de Hobbes, portanto, o rei ostentava o poder soberano que era inerente a si e, por essa razão, deveria administrar e julgar todas as situações, haja vista que seria uma medida necessária para assegurar a paz e evitar a discórdia e, até mesmo, a guerra civil da sociedade. Consoante o excerto, Hobbes acreditava que apenas por intermédio de um Estado Absolutista que, somente assim, o Contrato Social poderia ser cumprido. Nessa linha de pensamento, Castro relata que:

O melhor exemplo histórico de Absolutismo (na mais profunda acepção da palavra) que encontramos é o da França do século XVII, que é chamada, não sem razão, de "A França de Luís XIV", que não somente afirmou que o Estado era ele como entrou para História com o "humilde" apelido de "Rei Sol", já que tudo girava em torno dele. (CASTRO, 2007, p. 200).

Diante desse exposto, o rei Luís XIV era confundido com o próprio território que ele exercia seus poderes, no caso a França. Ele era quem tudo sabia e tudo podia, já que, nos tempos do Absolutismo, o rei era o representante direto de Deus na terra e, por esse motivo, a ação de discordar da palavra do rei seria discordar da palavra de Deus. Nessa época, não havia lei expressa que o rei seria obrigado a cumprir e segui-la, a não ser a sua própria consciência e seu senso de justiça. (CASTRO, 2007). Essa

situação ocasionou arbitrariedades que alimentou o crescimento de um movimento intelectual nessa época.

Esse movimento, em sentido oposto aos defensores do Estado Absolutista, surgiu, no século XVIII - 1701 a 1800 -, em um dos segmentos casta intelectual, da sociedade absolutista monárquica, manifestação contrária a esse modelo, esse movimento foi apelidado como o Iluminismo ou Época das Luzes. Ainda, nas palavras de Castro:

O Iluminismo pode ser definido a priori como um Movimento intelectual que tinha por característica uma confiança absoluta no progresso e, principalmente, na razão que desafiou em seu século (e por sua atualidade às vezes continua desafiando) a autoridade e incentivou o livre pensamento como meio de alcançar o objetivo principal dos iluministas, a felicidade humana. (CASTRO, 2007, p. 110).

Esse movimento possuía as seguintes características: razão, ciência e humanismo. A primeira dispõe que o agir humano deveria estar pautado em meios racionais, logo a explicação deveria ser racional. Por outro lado, havia o movimento anti-iluminista que defendia:

(...) o movimento romântico anti-iluminista, resumido na confissão de Johann Herder: “Não estou aqui para pensar, mas para ser, sentir, viver!”. Existe a veneração comum (não apenas dos religiosos) da fé — ou seja, acreditar em alguma coisa sem uma boa razão. (PINKER, 2018, p. 414).

Assim, esse movimento defendia o agir por sentimento religiosos; emoções; e prazeres, distanciando-se do modelo humano racional de agir. Por sua vez, a segunda característica defendida pelo iluminismo se contrapunha completamente aos ideais daquela época, visto que todas as explicações científicas ficavam a cabo da Igreja. Com o advento do pensamento iluminista, a Igreja passou a ser questionada e criticada. (PINKER, 2018). Acerca da ciência, Pinker diz que: “E a ciência, claro, nos concedeu os dons da vida, da saúde, da riqueza, do conhecimento e da liberdade”. (PINKER, 2018, p. 454).

Ocorre que, na visão Iluminista, a ciência não deve ser encarada como uma característica absoluta e sem precedentes, pois, na visão de Pinker: “A ciência não é suficiente para promover o progresso”. (PINKER, 2018, p. 481). Nesse cenário, surge a terceira característica – o humanismo – que dispõe de dogmas que as pessoas

deveriam seguir por serem humanas. Desta forma, a ciência obteve capacidade de criar vacinas que tinham capacidade de erradicar diversas doenças e salvarem incontáveis vidas, por outro lado, também criou armas nucleares que ceifaram diversas vidas, dois pesos e duas medidas. Enquanto as vacinas são permitidas, as armas nucleares e biológicas são condutas eticamente inaceitáveis, tais disposições encontram razão nos ideais do humanismo.

Isto posto, ressalta-se o conceito exposto e defendido por Pinker acerca do humanismo “O objetivo de maximizar o desenvolvimento humano — vida, saúde, felicidade, liberdade, conhecimento, amor, riqueza de experiência — pode ser chamado de humanismo”. (PINKER, 2018, p. 481). Em razão de tal conceito, o Iluminismo se contrapôs a todos os ensinamentos acerca do Absolutismo, posto que o movimento Iluminista visava, como objetivo final, a felicidade das pessoas e como meio a chegar a esse objetivo a vida, saúde, liberdade, conhecimento, amor deveriam restar assegurados. (CASTRO, 2007).

Com base nesse pensamento, surge o pensador Montesquieu (1689-1755), originário da alta nobreza, conhecido como Barão de Montesquieu que difundiu ensinamentos de combater ao sistema monárquico absolutista e as intervenções da Igreja no Estado. Por essa, razão, conforme destaca Albergaria:

Montesquieu aduziu que “só o poder freia o poder”. Com isso, concluiu que os poderes públicos deveriam manter-se autônomos e independentes, constituídos por pessoas e grupos diferentes, os quais vigiarium uns aos outros. É o sistema denominado de “Freios e Contrapesos” ou “Checks and Balances”. (ALBERGARIA, 2019, p. 111).

Com fundamento nessa teoria, o poder não estaria centrado em uma figura única e absoluta, mas sim repartido em três pedaços denominados de: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário e esses poderes seriam independentes entre si e se controlariam indiretamente, sem interferir em sua função principal, tal controle possuiria a função de frear qualquer abuso de poder. (ALBERGARIA, 2019).

Em decorrência do pensamento iluminista, emergiu, na Inglaterra, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), em 1689, a qual estabeleceu imposições à Coroa Inglesa e assegurou o princípio da liberdade individual, em especial de ordem religiosa. A referida declaração, ainda, autorizou o porte de arma aos cidadãos ingleses que

exercitavam a religião protestante para que eles pudessem defender suas franquias constitucionais, essa autorização, na época, recebeu o nome de liberalismo. (MALUF, 2018). Maluf ressalta que:

(...) o *Bill of Rights* de 1689 firmou os seguintes princípios: o Rei não pode, sem consentimento do Parlamento, cobrar impostos, ainda que sob a forma de empréstimos ou contribuições voluntárias; ninguém poderá ser perseguido por haver-se recusado ao pagamento de impostos não autorizados pelo Parlamento; ninguém poderá ser subtraído aos seus juízes naturais; o Rei não instituirá, em hipótese alguma, jurisdições excepcionais ou extraordinárias, civis ou militares; o Rei não poderá, em caso algum, fazer alojar em casas particulares soldados de terra ou mar etc. (MALUF, 2018, p. 121).

Destarte, o rei perdeu sua característica de ser um representante direito de Deus na terra e de que seus poderes serem absolutos e ilimitados e, a partir desse momento, não poderia mais exercer tantas responsabilidades sem o consentimento prévio do Parlamento Inglês. Ademais, em virtude do pensamento liberal, surgem diversas outras Declarações de Direitos, bem como Constituições Liberais, a saber:

(...) as novas declarações de Direitos, com a Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos, de 17 de setembro de 1787, com suas dez primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791. (MORAES, 2017, p. 26).

O movimento Iluminista, ainda, influenciou no aspecto penal das sociedades. Já que, a partir desse momento, a prisão como modalidade de pena (privativa de liberdade) começa a advir como uma opção. Esse movimento teve início na segunda metade do século XVI. Com isso, Bitencourt ensina que:

Na segunda metade do século XVI iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade: a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados. Os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social na Inglaterra até a metade do século XVI (1552), quando as condições socioeconômicas, especialmente, mudaram. (BITENCOURT, 2020, p. 1291).

Diante do exposto, a concepção da necessidade da aplicação das penas privativas de liberdades surgiu baseado em três principais características: 1) o alto

nível de desemprego da sociedade que ocasionou a presença de inúmeras pessoas em situações de rua, os mendigos; 2) em decorrência do primeiro fator, essa classe da sociedade praticava pequenos crimes, como furto famélico, para sobreviver; 3) a aplicação de penas corporais não estava sendo eficiente e, com a ascensão da burguesia e o capitalismo, os presos começaram a ser tidos como pessoas com mão de obra barata e que poderiam produzir. Por essa última razão apresentada, ressaltava-se que a pena privativa de liberdade não era restrita apenas a aqueles que cometiam pequenos delitos, mas também para os vagabundos e os ociosos, visto que não estariam produzindo e, na prisão, iriam produzir e gerar riqueza. (BITENCOURT, 2020). Na mesma linha, Bitencourt relata acerca da visão de Melossi e Pavarini:

Para Melossi e Pavarini, a prisão surge quando se estabelecem as casas de correção holandesas e inglesas, cuja origem não se explica pela existência de um propósito mais ou menos humanitário e idealista, mas pela necessidade que existia de possuir um instrumento que permitisse não tanto a reforma ou reabilitação do delinquente, mas a sua submissão ao regime dominante (capitalismo). (BITENCOURT, 2020, p. 1293).

No entanto, para a aplicação de penas aos crimes, do ponto de vista global, os países utilizavam códigos penais que previam penas pecuniárias e corporais e, até mesmo, a pena capital (de morte). Por esse motivo, as primeiras casas de trabalhos forçados, ou de correções, destinadas aos pequenos delinquentes, dariam início ao surgimento da pena privativa de liberdade na moderninha, sendo a pena mais grave que o Estado poderia aplicar, salvo os países que ainda adotam a aplicação da pena de morte. (BITENCOURT, 2020). Além disso, Melossi e Pavarini escreveram um livro intitulado de Reflexões sobre as prisões monásticas (1695 ou 1724) e nele defendiam a proporcionalidade da pena de acordo com o delito cometido. (BITENCOURT, 2020). Por fim, Bitencourt frisa que:

O sistema orientava-se pela convicção, como todas as ideias que inspiraram o penitenciarismo clássico, de que o trabalho e a férrea disciplina são um meio indiscutível para a reforma do recluso. Ademais, a instituição tinha objetivos relacionados com a prevenção geral, já que pretendia desestimular outros da vadiagem e da ociosidade. (BITENCOURT, 2020, p. 1292).

Diante do sobredito, o sistema carcerário dessa época era tido como cruel e de disciplina indiscutível para que este esteja reformado para vivência na sociedade,

tendo como principal objetivo a prevenção geral pela prática delituosa, isto é, que outras pessoas se sintam desestimuladas a praticar atos de vadiagem e a ociosidade. (BITENCOURT, 2020). Ainda, ressalta-se que, como representante do Iluminismo Penal, na Itália, se apresenta para a sociedade Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria (1738-1794) e marcou o Direito Penal Moderno com sua obra “Dos Delitos e das Penas” em 1766. (ALBERGARIA, 2019). Com isso, Albergaria enfatiza que:

(...) Beccaria utiliza a teoria iluminista baseada na igualdade e liberdade e a transporta para o Direito Penal. Em primeiro plano – como o Direito Penal não deveria ser justificado pela vingança – declarou a pena de morte inútil e aduzia a proporcionalidade das penas aos delitos. Dessa forma, repudiava os julgamentos secretos, as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime, bem como a prática de confiscar bens do condenado. (ALBERGARIA, 2019, p. 113).

Em um período em que a pena capital e corpórea era algo comum na sociedade, Beccaria enfatizou veementemente que o direito penal não deveria ser pautado pela vingança, excluindo-se, portanto, qualquer espécie de vingança, seja ela pública, privada ou divina. Além disso, ressaltou que a pena de morte seria inútil e que as penas deveriam ser proporcionais aos delitos cometidos. Ainda, não deveria existir julgamento secretos, mas todos públicos para que sejam evitadas as práticas de tortura como meio de se obter a prova do crime e, até mesmo, a confissão. (ALBERGARIA, 2019).

1.4 A PRISÃO-PENA NA IDADE CONTEMPORÂNEA

O Estado Liberal marcado pela característica da liberdade, a não intervenção estatal na economia nem na sociedade acabou por dar ensejo à Revoluções e, dentre elas, a Revolução Industrial, na Inglaterra, em 1770, consoante destaca Maluf:

Empolgados pelas novas ideias racionalistas, fortemente sedutoras mas impregnadas de misticismo, os construtores do Estado liberal perderam de vista a realidade. Desconheceram (e isto foi o seu maior erro) uma das mais importantes revoluções que a história política do mundo registra — a revolução industrial —, que se iniciara na Inglaterra em 1770 e que modificaria fatalmente a realidade social em

todos os países, criando problemas até então desconhecidos mas perfeitamente previsíveis. (MALUF, 2018, p. 125).

Com o surgimento da maquinários na sociedade e a substituição da mão de obra por máquina, ocorreu o desemprego em massa, a cada nova máquina produzida, milhares de empregados eram mandados embora, sem direito a nada. Diante dessa situação, os empregos começaram a ser negociados como mercadoria a partir da “lei da oferta e da procura”. (MALUF, 2018). Por essa razão, havia muita procura e pouca demanda o que resultou na aceitação de salário ínfimos e trabalhos de 15 (quinze) ou mais horas por dia para ganhar o mínimo necessário para sobreviver na sociedade. Em seu magistério, Maluf destaca que:

A mulher deixa o lar e procura no trabalho das fábricas um reforço ao salário insuficiente do marido. As crianças não podem frequentar as escolas e são atiradas ao trabalho impróprio, prejudicial à sua formação física e moral, na luta pela subsistência que o pai não pode prover. E, assim, o liberalismo trazia mais no seu bojo, inconscientemente, a desintegração da família (MALUF, 2018, p. 126).

Com efeito, a Revolução Industrial fez com que apenas a renda do marido não fosse o suficiente para a subsistência da casa e as mulheres também tinham que procurar empregos nas fábricas, as crianças em geral não podiam frequentar as escolas, pois tinham que ajudar seus pais a complementar a renda familiar, por essa razão havia uma deficiência na formação física e intelectual das crianças. (MALUF, 2018). Por todo o exposto, Maluf assevera que:

Em verdade, o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados. (MALUF, 2018, p. 126).

Por esse motivo, cresceu a crítica ao Estado Neutro e indiferente e esse mesmo Estado foi substituído por um Estado ativo e atuante na sociedade, um Estado intervencionista cujo objetivo era reestabelecer harmonia entre o trabalho e o capital, impedido a existência da exploração deliberada pela classe patronal a obreira. Com o advento desse Estado há maior presença dos sindicatos, instituições de previdência, revisão de leis, direito de greve, o Estado se torna grande e extenso e atua na assistência social. (MALUF, 2018).

Os conceitos de Estado Liberal e Social não excluem o denominado Estado de Direito que é aquele regido pelas leis, em suas primeiras acepções. O surgimento do Estado de Direito é derivado da necessidade de conter o poder absoluto do Rei e impor regra de condutas a todas as pessoas da sociedade. Desta forma, Nunes Júnior menciona que: “ao definir o “Estado de Direito”, está negando o Estado arbitrário”. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 324). Por esses motivos, a Constituição Federal de 1988 prescreveu que: “art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”. (BRASIL, 1988). Logo, a República Federativa do Brasil adotou expressamente a submissão às leis e aos princípios e assegurou tanto os direitos dos Estados Liberais, como dos Estados Sociais, tudo sob o manto da soberania popular e a democracia indireta.

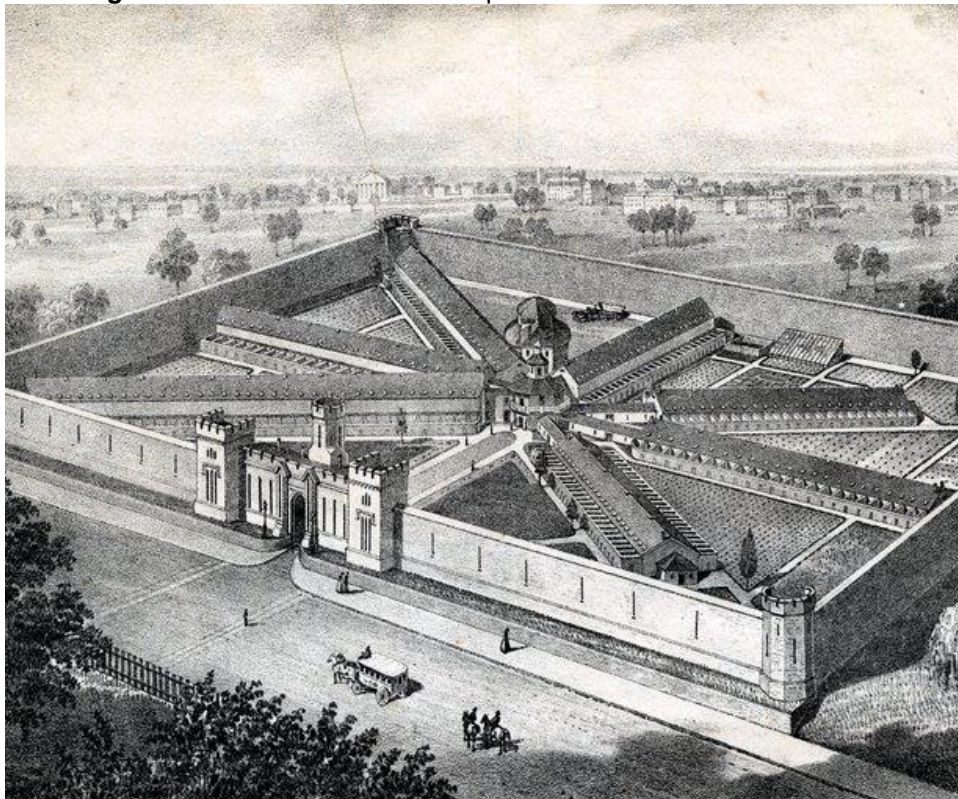
Além de todo o exposto, é imperioso destacar que com o advento do Estado Liberal, surgiram os primeiros sistemas penitenciários do mundo, essa invenção ficou a cargo do Estados Unidos da América. Contudo, há aqueles, como Norval Morris, que afirmam que a prisão é uma invenção Norte-Americana o que, na verdade, não há consenso entre os historiadores, pois existem antecedentes históricos na Inglaterra, Suíça e Alemanha de ideias que formariam, ao final, os sistemas carcerários. (BITENCOURT, 2020). Nesta toada, Bitencourt afirma que:

A primeira prisão norte-americana foi construída pelos *quacres* formado por em *Walnut Street Jail*, em 1776. O início mais definido do sistema filadélfico começa sob a influência das sociedades integradas por *quacres* e os mais respeitáveis cidadãos da Filadélfia, e tinha como objetivo reformar as prisões. Entre as pessoas que mais influenciaram podem-se citar *Benjamin Franklin* e *William Bradford*. (BITENCOURT, 2020, p. 375).

Esse sistema recebeu a denominação de sistema celular ou pensilvânico, este último nome em razão do local de sua origem e o primeiro, celular, pois havia um isolamento total do presos, isto é, em células, não havia comunicação entre eles e preponderava o regime do silêncio, não possuindo contato com o mundo inferior a não ser dos membros da Associação de Ajuda aos Presos, do sacerdote, e dos funcionários. Desta forma, para se assegurar o isolamento completo era preciso que cada preso ficasse em uma cela isolada. (NUCCI, 2019). Contudo, esse isolamento total não era absoluto, visto que apenas os presos mais perigosos eram submetidos

a esse regime, enquanto os demais presos, os comuns, ficavam em celas juntos. (BITENCOURT, 2020).

Figura 03: Penitenciária estadual para o distrito leste da Pensilvânia



Fonte: WDL, s.d.

Esse sistema se baseou nas ideias de Beccaria e John Howard e havia real efetividade quanto ao conceito de segurança, pois a não comunicação do preso impossibilitava rebeliões ou riscos de fuga. Todavia, a real falha do sistema foi ocasionada pelo aumento desenfreado da população carcerária, já que não seria possível manter o isolamento celular de milhares de presos, sem que houvesse diversas prisões para isso. Por essa razão, para superarem as falhas do sistema celular, foi criado o sistema auburniano, conforme narra Bitencourt:

A autorização definitiva, porém, para a construção da prisão de Auburn só ocorreu em 1816. Uma parte do edifício destinou-se ao regime de isolamento. De acordo com uma ordem em 1821, os prisioneiros de Auburn foram divididos em três categorias: 1ª) a primeira era composta pelos mais velhos e persistentes delinquentes, aos quais se destinou um isolamento contínuo; 2ª) na segunda situavam-se os menos incorrigíveis; somente eram destinados às celas de isolamento três dias na semana e tinham permissão para trabalhar; 3ª) a terceira categoria era integrada pelos que davam maiores esperanças de serem corrigidos. A estes somente era imposto o isolamento noturno,

permitindo-lhes trabalhar juntos durante o dia, ou sendo destinados às celas individuais. (BITENCOURT, 2019, p. 380).

De acordo com o supracitado exposto, o sistema auburn havia maior divisão entre os detentos, de forma diversa do sistema celular, pois a regra do sistema celular seria o isolamento absoluto e situações que não fossem essas seriam exceções. Por sua vez, no sistema celular era permitido apenas o trabalho dentro da cela, ou seja, não havia a possibilidade do trabalho durante o dia. Ainda, esses trabalhos na cela frequentemente eram tediosos e sem sentido e, em algumas prisões, nem mesmo esses trabalhos poderiam ser executados. (BITENCOURT, 2020). Acerca do sistema Auburn, Nucci narra que:

Preocupava-se, essencialmente, com a obediência do criminoso, com a segurança do presídio e com a exploração da mão de obra barata. Adotou a regra do silêncio absoluto, voltado ao controle dos condenados, mas fomentou, diferentemente do pensilvânico, o trabalho do preso durante o dia. (NUCCI, 2019, p. 133).

Desta maneira, ocorreu a divisão entre os presos habitualmente delinquentes daqueles, aqueles que eram menos incorrigíveis e, por fim, aqueles que haviam mais esperanças de serem corrigidos. Ademais, o sistema auburniano era regrado por uma disciplina severa militar em que se acreditava que a prática de castigos corporais serviria como correção do preso por suas atitudes, servindo como forma de correção do delinquente. (BITENCOURT, 2020). Nessa linha, Bitencourt relata o posicionamento de Foucault sobre esse sistema:

Foucault não aceita o modelo auburniano como instrumento propiciador da reforma ou a correção do delinquente, tal como consideraram os mais otimistas; ao contrário, considera-o um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. (BITENCOURT, 2020, p. 381-382).

Na mesma linha, Foucault (1987) propunha um sistema que não seria propriamente dito um sistema penitenciário, mas um sistema social aplicável às penitenciárias, isto é, poderia ser utilizado conjuntamente com os demais sistemas penitenciários existentes. Essa construção é denominada como sistema panóptico que, nas palavras de Foucault:

O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível. (FOUCAULT, 1987, p. 94-95).

Com base no exposto, ressalta-se que o sistema panóptico não obteve êxito em sua utilização na sociedade em geral como em escolas, por exemplo. Assim, foi nos sistemas penitenciários que o sistema panóptico obteve a chance de fugir de utopia e ingressar na realidade. A ideia do sistema era manter uma torre central na prisão e com todas as celas em volta da torre. Além disso, ficaria uma pessoa que estaria no interior da torre e poderia vigiar todos os detentos, mas aqueles fora da torre não poderiam enxergar dentro da torre. (FOUCAULT, 1987). Por essa razão, as pessoas não poderiam saber se o vigilante estava observando-as, ou observando a outro preso, ou, até mesmo, se havia realmente algum vigilante as observando. (FOUCAULT, 1987).

Figura 04: Torre de Vigilância do sistema panóptico.



Fonte: RAZÃO INADEQUADA, s.d.

Sob o regime do sistema panóptico, as prisões não precisariam ter grades, correntes, ou fechaduras pesadas, pois o fato da vigilância permanente faria com que os presos se sentissem desmotivados a realizarem qualquer ato que poderia ser visto pela torre-central. Assim, o sistema panóptico visa por um tratamento disciplinar mais leve para os detentos, sem duras repreensões aos detentos, mas sim uma coação por meio do Poder de vigilância da torre-central. (FOUCAULT, 1987).

Prosseguindo, o sistema auburn ou *silent system* começou a declinar após manifestações de sindicatos do trabalho americanos os quais alegavam que o regime de trabalho nesses presídios feriria a livre concorrência, pois não seria possível de competir com a mão de obra barata dos presos. Ressalta-se que o sistema celular foi amplamente utilizado na Europa, enquanto o sistema auburniano nos Estados Unidos da América, visto que na Europa não se necessitava de mão de obra barata, mas sim da prisão como forma de intimidação social, interesse diverso dos Estados Unidos que estavam amparados pelas necessidades do mundo Capitalista. (BITENCOURT, 2020).

Contudo, ambos os sistemas não se sustentaram por muito tempo. Assim, no século XIX, a pena privativa de liberdade se sedimentou como forma de pena e se alicerçou como o principal modelo adotado no século XXI, isto é, na Idade Contemporânea. Ao disciplinar esse sistema, Bitencourt destaca sua essência:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. (BITENCOURT, 2020, p. 386).

Deste modo, houve uma individualização dos detentos, já que aqueles que possuíam boa conduta e bom aproveitamento poderiam progredir do regime mais severo a um mais brando. Além disso, o sistema progressivo permitia a reinserção do detento na sociedade antes mesmo do término de sua condenação. Assim, o sistema progressivo visou a vontade do detento, vontade essa de ter boa conduta para progredir de regime rapidamente e retornar para o convívio da sociedade. Ao final, Bitencourt menciona que o sistema progressivo se encontra em constante evolução ao passar dos anos, já que acompanha a evolução dos direitos humanos e, dentre eles, o direito do detento à dignidade da pessoa humana. (BITENCOURT, 2020).

A Constituição Federal de 1988 previu no seu artigo 5º, inciso III, que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988). No mesmo artigo, foi previsto, no inciso XLVII que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. (BRASIL, 1988). Desta forma, a doutrina compreende que nesses incisos está previsto o princípio da humanidade que, nas palavras de Damásio de Jesus: “O réu deve ser tratado como pessoa humana”. (JESUS, 2013, p. 53). Portanto, o princípio da humanidade ostenta correlação direta com a vedação à aplicação de penas cruéis como, por exemplo, a tortura comumente utilizada na Idade Antiga, Média e Moderna e até mesmo Contemporânea, quebrando o paradigma existente da normalização da tortura. Com nisso, o Constituinte previu aquelas penas que são admissíveis no ordenamento jurídico Brasileiro, a saber:

Art. 5º. (...)

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

Por essa razão, há a previsão de penas privativas de liberdade como a pena mais gravosa no ordenamento jurídico brasileiro, em sequência das penas de perda de bens, multa, prestação social alternativas e a suspensão ou interdição temporária de direitos, como a prestação de serviço à comunidade e a limitação do fim de semana, por exemplo. (BRASIL, 1988). O supracitado artigo, ainda, menciona a individualização da pena que, nas palavras de Pacelli e Callegari:

De outra parte, a Constituição garante não somente a punibilidade limitada aos autores e partícipes do crime, como já visto, mas, também, a imposição de sanção segundo o grau de culpabilidade de cada um. É dizer: é garantida a individualização da pena, de tal maneira que também as consequências do crime (e não só a responsabilização) sejam impostas de modo diferente, segundo o fato pessoal de cada responsável. (PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 182/183).

Desta forma, coube à lei infraconstitucional a individualização da pena, isto é, o preso deve ser individualmente avaliado quanto a prática do delito, na medida de sua culpabilidade. Assim, a responsabilidade pelo delito é pessoal do condenado, não sendo transferível aos seus familiares. (PACELLI; CALLEGARI, 2019). Com isso, pode-se inferir que a culpabilidade daquela que mata alguém por vingança é diversa daquela que o auxilia na empreitada criminosa, isto porque o primeiro está sendo movido por um desejo subjetivo, individual, que será levado em conta na sua culpabilidade e, possivelmente, gerará maior reprovação de sua conduta e conseqüentemente maior imposição de pena. Por fim, Eugênio Pacelli e André Callegari destacam que:

Assim, apenas os autores e partícipes de um fato definido como crime devem responder criminalmente por ele. Aqui, não tem lugar para a responsabilidade por *culpa in eligendo* e nem para a *culpa in vigilando*, do Direito civil, via das quais o patrão, o pai, e terceiros, enfim, respondem pelos danos causados por seus filhos, empregados etc. (art. 932, Código Civil). A responsabilidade penal, portanto, é pessoal e intransferível. (PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 182).

Por conseguinte, a responsabilidade penal é pessoal e intransferível e individualizada. Assim, o réu ao cometer um ato típico, ilícito e culpável previsto em lei, deverá o juiz dosar a pena na medida da culpabilidade dele, não sendo possível a justificativa genérica para imposição de pena a vários autores e partícipes, sendo necessário que cada dosagem de pena seja feita de forma individualizada. Essa previsão decorre do princípio da individualização da pena.

Na sequência, ressalta-se que, no Brasil, as penas em geral - privativas de liberdade; restritivas de direito; e de multa – possuem como fundamento a retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, dissuasão e reabilitação. (BRASIL, 1940). O fundamento da retribuição assegura que a pena aplicada será proporcional ao ilícito penal praticado, isto é, o castigo sofrido não pode ser superior ao ilícito cometido e, também, por essa razão, a Constituição Federal de 1988 expõe, no art. 5º, inciso XLVII, que: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. (BRASIL, 1988). Na visão do Poder Constituinte Originário, tais castigo seriam desproporcionais e violariam a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, a reparação preceitua que seja reparado o dano do crime, é adotado uma noção da vitimologia, já que o Direito Penal se preocupa em recompensar a vítima do crime de alguma forma. Em sequência, a denúncia visa reprovar socialmente a conduta criminal perpetrada. (MASSON, 2019). Há um vínculo íntimo entre a incapacitação com a espécie de pena privativa de liberdade, porque objetiva retirar o agressor do convívio social e, destarte, deixando os bens penalmente tutelados longe do risco de nova ameaça pelo agressor.

A dissuasão, por outro lado, visa convencer à sociedade que a prática de ilícitos é uma atividade desvantajosa, ou seja, “o crime não compensa” e, assim, retirando a ideia dos indivíduos do cometimento de infrações penais. (MASSON, 2019). Por último, a reabilitação é o ideal que a pena deve ter como finalidade que o agente, após o cumprimento total da pena, saia recuperado para a sociedade e apto para reinserção social. Nesse sentido, Cleber Masson leciona que: “deve recuperar-se o penalmente condenado. A pena precisa restaurar o criminoso, tornando-o útil à sociedade. Funciona como meio educativo, de reinserção social, e não punitivo” (MASSON, 2019, p. 762). Essa situação decorre substancialmente daquela imposta pelos primeiros sistemas penitenciários, conforme destaca Bitencourt:

O sistema celular fundamentou-se basicamente em inspiração mística e religiosa. O sistema auburniano, por sua vez, inspira-se claramente em motivações econômicas. Os dois sistemas adotam um conceito predominantemente punitivo e retributivo da pena. (BITENCOURT, 2020, p. 384).

Desta forma, não havia um objetivo de ressocializar o preso, mas sim de puni-lo pela prática criminosa e retribuir o mal com o mal, não havendo outro caráter a não ser esse.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM UM VIÉS HISTÓRICO

A dignidade da pessoa humana está prevista como um fundamento da República Federativa do Brasil, exposta no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988). Entretanto, há dúvidas que pairam sobre o que realmente é essa dignidade exposta no texto constitucional. Nesse sentido, André Ramos define a dignidade da pessoa humana como:

(...) consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (RAMOS, 2020, p. 113).

Consoante o supracitado excerto, a dignidade da pessoa humana visa a proteção universal da pessoa humana contra tratamentos degradantes e discriminantes em geral. Para adquirir essa dignidade, basta que a pessoa exista, pois é próprio e inerente a ela. Desta maneira, a dignidade da pessoa humana supera as barreiras que assolaram a história da sociedade (escavidão, tortura, exploração de trabalho infantil, discriminação por etnia, cor, religião, ou orientação sexual, etc.), já que todas as pessoas, sem exceções, possuem dignidade. (RAMOS, 2020). Ainda, destaca-se o conceito exposto por Barroso:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2020, p. 244).

Ademais, cumpre informar que a dignidade da pessoa humana é princípio de menção global, isto é, não há previsão apenas restrita ao ordenamento jurídico nacional, mas sim de forma global. Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao previu, em seu artigo 1º, que: “Todos os homens nascem livres

e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (DHNET, s.d., s.p.).

Essa menção da dignidade e igualdade é fruto do período histórico de pós-guerra, os países, aliás, o globo, reafirmaram a necessidade da vedação de práticas que atentem contra a igualdade e a dignidade das pessoas humanas. Foi exposto que independente da conduta estar aparada pelo Estado de Direito, Estado Positivista, em poucas palavras, amparado pelas leis, se essa conduta desrespeitar a dignidade da pessoa humana, ela será inadmissível em todos âmbitos e graus. Esse fator foi aplicado nos Julgamentos de Nuremberg, de 20 de novembro de 1945 até 1º de outubro de 1946, o qual foi um Tribunal de Exceção, criado pelos vencedores da Segunda Guerra Mundial, que julgaram e condenaram todos os crimes de guerra ocorridos, por desrespeito ao valor básico da humanidade, a dignidade, pela perseguição, caça, tortura e morte das minorias no regime nazista. (NOGUEIRA, 2019).

Figura 05. Julgamento de Nuremberg.



Fonte: ISTOÉ, 2010.

Contudo, Tavares crítica que o Tribunal de Nuremberg e de Tóquio, na verdade: “(...) caracterizaram-se muito mais como mecanismos de uma velada vingança, promovida abertamente pelos países vencedores, do que propriamente como instituições de defesa dos direitos humanos”. (TAVARES, 2020, p. 523). Desta forma, surge a emblemática acerca desses Tribunais, pois não foram julgados os crimes praticados pelos Estados Unidos da América – com os bombardeios no Japão – nem mesmo os demais atos praticados pelos Aliados que, também, desrespeitaram a

dignidade da pessoa humana em grau totalmente desproporcional com as diretrizes da guerra. Ainda, cita-se que, com base na jurisdição inglesa, a maioria dos nazistas foram condenados a pena de morte, pela força. Portanto, claro é que esse período histórico que antecedeu a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos foi marcado por atos indignos antes, durante e depois da guerra. (NOGUEIRA, 2019).

Feitas essas considerações, para uma melhor compreensão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário abarcar o contexto histórico que introduziu essa concepção na história da humanidade. Assim, cita-se os ensinamentos de Agostinho de Hipona ou Santo Agostinho (354-430) o qual foi um filósofo que se inspirou no pensamento Grego Antigo, em especial de Platão, para desenvolver seus ensinamentos, aplicando-os aos ideais do cristianismo. Assim, as ideias de Santo Agostinho ressoaram por todo o período histórico da Idade Média e, também, por uma parcela da Idade Moderna. (MARCONDES, 2007). Dentre suas principais obras encontra-se “*Confissões*” a qual, dentre outros lições, ensinava que:

A superioridade da pessoa humana diante dos demais seres vivos também foi afirmada, quatro séculos mais tarde, por Agostinho de Hipona (Santo Agostinho), embora ele também tenha ressaltado a “condição decaída” do homem. O ser humano, para Agostinho, é um animal racional criado por Deus à sua imagem. Ao atribuir inteligência ao homem, Deus ter-lhe-ia permitido “eivar-se acima de todos os animais da terra, das águas e do ar, desprovidos de um espírito deste gênero”. (SARMENTO, 2016, p. 29).

A raça humana era dotada de superioridade em comparação aos demais seres vivos, sendo responsável por pairar sobre os demais seres vivos. A doutrina de Santo Agostinho tinha como base os dogmas católicos que Deus concedia graça ao ser humano, mas não a todos. Por essa razão, apenas algumas poucas pessoas receberiam a “graça” de Deus e, assim, apenas elas seriam dignas. Pelo exposto, pode-se compreender que Santo Agostinho possuía uma visão restritiva da dignidade da pessoa humana, isto é, apenas aquelas pessoas escolhidas por Deus. (SARMENTO, 2016). Séculos após, surge a figura de São Tomás de Aquino (1224-1274) o qual se inspirou, também, na filosofia grega antiga, principalmente nas obras de Aristóteles. As obras de São Tomás de Aquino visavam mostrar para a população que os ensinamentos da razão poderiam ser aplicados à doutrina cristã. Desta forma, incentivou que o povo cristão, na Idade Média, tivesse acesso aos ensinamentos de

Aristóteles e os assimilassem aos ensinamentos bíblicos. (MARCONDES, 2007).

Marcondes explica que:

A ética de São Tomás se contrapõe à visão então predominante, herdada de Santo Agostinho e continuada por pensadores como São Bernardo de Clairvaux (1091-1153), para quem o homem é um ser imperfeito, marcado pelo pecado original. São Tomás parte da concepção aristotélica de virtude, considerando a natureza humana capaz de ser aperfeiçoada. A virtude para ele não é o mesmo, contudo, que para os filósofos gregos, que a relacionavam fortemente aos valores da cidade, tais como a amizade, a coragem e a lealdade. (MARCONDES, 2007, p. 83).

Contudo, as diferenças de posicionamento de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho residiam, entre outras coisas, na definição do ser humano perante a figura do Deus, o ser perfeito e bom. No campo da dignidade da pessoa humana, São Tomás de Aquino afirmava que todo ser humano era perfeito, visto que é a mais perfeita criação divina, já que Deus criou homem a sua imagem e semelhança. Todavia, em uma de suas mais renomadas obras, "*Suma contra os Gentios*", Sarmento afirma que: "Aquino afirma que existe uma ordem hierárquica entre os homens ditada pela Divina Providência". (SARMENTO, 2016, p. 30).

Por todos esses ensinamentos, Sarmento leciona que, no período medieval, era marcado pela predominância do pensamento que os seres humanos são as criaturas superiores, criadas por Deus e, embora não possuísse uma caráter horizontal, isto é, igualitário entre as pessoas, pode-se entrever que é uma concepção embrionária do conceito contemporâneo da dignidade da pessoa humana. (SARMENTO, 2016).

Portanto, na Idade Média não havia a concepção do ideal igualitário entre as pessoas, as pessoas ricas possuíam direitos e deveres diversos daquelas que pobres, pertencentes a classes sociais inferiores. Além disso, tal período histórico era marcado pela sociedade estamental, isto é, a pessoa era marcada pelo seu nascimento, se nascida em família pobre, morrerá pobre. (SARMENTO, 2016). Conforme narrado no presente texto, a Idade Média foi caracterizada pelo predomínio da Igreja Católica com predomínio do clero e, ao final desse período histórico, pela decadência dos poderes da Igreja. Esse acontecimento foi o marcado para o início do período histórico conhecido como a Idade Moderna. Durante a Idade Moderna, surge, agora, um movimento de pensadores e intelectuais denominado de "Renascimento".

Esse movimento objetivava substituir a visão teocêntrica, isto é, Deus no centro de tudo, pela concepção antropocêntrica, o homem no centro de tudo. (ALBERGARIA, 2019). Nesse sentido, Albergaria afirma que:

Dessa forma, pode-se dizer que houve um Renascimento do pensamento Grego Clássico: o Teocentrismo (Deus como centro de todas as coisas) começou a ceder lugar para o antropocentrismo/Humanismo/Racionalismo (Homem no lugar de todas as coisas). Principalmente por causa da nova classe que acumulava riquezas com o comércio – e não mais com a terra – observou-se, também, no Renascimento, a transição do Regime Feudal para o Regime Capitalista. (ALBERGARIA, 2019, p. 96).

Com a concepção da razão no lugar da fé, e o enaltecimento da pessoa humana, um pensador italiano renascentista, conhecido como Giovanni Pico *della Mirandola* (1463-1494) escreveu um texto canônico denominado “*O Discurso sobre a Dignidade do Homem*”. Nesse texto, Pico asseverava que a dignidade do homem residia no fato da autonomia individual da raça humana, ou seja, cada um pode escolher os rumos que adotará para sua vida. Por conseguinte, essa visão renascentista compreendia que todas pessoas possuíam dignidade, pois eram livres para realizar escolhas do rumo de sua vida, contudo, não possuíam os mesmos direitos e deveres, isto é, não havia caráter igualitário entre as diversas classes sociais. (SARMENTO, 2016).

Posto isso, ressalta-se que a concepção da universalidade da dignidade da pessoa humana surge em decorrência de um importante conflito ocorrido no século XVI (1501-1600). Esse embate envolvia os índios sul-americanos colonizados pelos espanhóis. Foi instituído o Conselho de Valladolid, entre 1550-1551, e discutido se os índios possuíam ou não alma e humanidade. Havia dois pensamentos conflitantes, o primeiro exposto por Sepulveda o qual afirmava que “os índios não tinham racionalidade, nem alma, sendo “homúnculos inferiores”, e não pessoas. Daí porque seria legítimo e natural escravizá-los”. (SARMENTO, 2016, p. 31). Em sentido contrário, *Las Casa* expunha que: “defendia a humanidade e racionalidade dos índios, que lhes conferia o direito natural à liberdade. Afirmava, entretanto, que os indígenas deveriam ser convertidos ao cristianismo, embora de forma pacífica.” (SARMENTO, 2016, p. 31).

Após incessantes debates, a tese de Las Casa restou vencedora, até mesmo influenciando a elaboração da bula papal a qual previu a proibição da escravização

dos índios, pois eles eram dotados de racionalidade. Ocorre que, na realidade, ocorreu a escravização dos índios, desrespeitando qualquer dignidade que os índios teriam. Na sequência, Sarmiento relata que: “O discurso sobre a dignidade só ganha efetivamente um colorido universal com o Iluminismo”. (SARMENTO, 2016, p. 32). O Iluminismo, ou Século das Luzes, teve como um de seus primeiros pensadores, na Idade Moderna, o teórico Samuel Pufendorf (1632-1694) o qual disciplinava que o direito natural não era uma decorrência da vontade divina, mas sim da razão humana, tudo decorreria da razão humana. Essa concepção abordada por Pufendorf argumentava que o homem poderia descobrir seus direitos com um pouco esforço por meio da utilização da razão.

Além disso, Pufendorf ressaltava que os pensamentos simples e claros eram aqueles que impregnavam as mentes das pessoas boas. (MASCARO, 2018). Pufendorf, ainda, expõe a diferença entre as leis naturais e as leis humanas:

Se considerarmos as leis como tendo uma consequência necessária e universal para com a humanidade, elas então são distinguidas em naturais e positivas. As leis naturais são aquelas tão de acordo com a natureza sociável do homem, que uma sociedade honesta e pacífica não poderia se manter entre a humanidade sem elas, donde que isto pode ser buscado, e seu conhecimento adquirido pela luz daquela razão, que nasce com todos os homens, e por uma consideração da natureza humana em geral. Leis positivas são aquelas que não se originam da condição comum da natureza humana, mas somente do bel-prazer do legislador: isto, igualmente, deveria ter suas fundações na razão, e seu fim deveria ser alguma vantagem para os homens ou a sociedade para os quais elas são destinadas. (PUFENDORF, s.d., p. 89 *apud* MASCARO, 2018, p. 165/166).

O supracitado autor traz contribuições consideráveis acerca das definições e origens das leis naturais. Para o autor, a lei natural é decorrente da natureza social que todo homem ostenta, como ser racional, sobretudo ser honesto e pacífico, visto que, somente assim, estariam presentes as leis naturais. Logo, nessa definição, as leis naturais decorreriam da razão humana, isto é, que seja o ser humano pacífico e sociável. Por outro lado, as leis positivas são aquelas criadas a mero arbítrio dos seres humanos agrupados em comunidade, embora, na visão de Pufendorf, essas leis positivas também deveriam estar pautadas na razão, já que seu objetivo é prover a melhoria na vida sociável dos integrantes da comunidade. (MASCARO, 2018).

Nesse mesmo período histórico, o iluminista Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um dos maiores filósofos modernos ao lado de Hobbes e Locke e seus

ensinamentos impulsionaram a Revolução Francesa. Seu destaque, dentre outros motivos, pode ser atribuído ao fato que não seguia a razão de forma absoluta, ao contrário de outros iluministas. Em sua obra, o filósofo destacava ideais de liberdade, a seguir expostos:

É certo que o homem está limitado na sua relação com a natureza, na dependência que tem em relação àquilo que pode perceber dos recursos naturais. Mas, em relação a outros homens, o homem natural é livre. (MASCARO, 2018, p. 196).

Todo o homem natural é livre, e deve ser tratado com igualdade perante a comunidade, em razão do pacto social. O pacto social assegura que para existir uma verdadeira harmonia entre liberdade e obediência é essencial que cada pessoa se aliene à comunidade, com isso, após todos se alienarem se alcançará. Desta forma, Rousseau disciplina que:

Se, pois, retirarmos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.

Imediatamente, em vez da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual recebe, por esse mesmo ato, sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. (BOBBIO; BOVERO, s.d., p. 55 *apud* MASCARO, 2018, p. 203).

Em virtude dessa integral participação popular, a população participaria da elaboração de leis e a submissão de todas as pessoas da sociedade às mesmas leis, pois a sociedade era una, todos os pensamentos seriam voltados para a coletividade, pois todos se alienavam para convívio em comunidade. (SARMENTO, 2016). Os ideais iluministas ganharam força nos meios intelectuais e resultou que, em 1789, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada nos primórdios da Revolução Francesa. Assim, em seu primeiro artigo a Declaração assegurava que: “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”. (SARMENTO, 2016, p. 32). Além disso, anos antes, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, assegurou que todos os homens são criados iguais. (SARMENTO, 2016).

Figura 06. Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789.



Fonte: USP, s.d.

Assim, o discurso da Idade Média e Moderna muda de protagonismo com a chegada da Idade Contemporânea a qual seu começo é marcado pela Revolução Francesa. Logo, nesse momento histórico, a dignidade já era prevista para todas as pessoas e não somente para aquelas pessoas escolhidas por Deus. O pensamento iluminista sustentava que todos os seres humanos eram detentores dos direitos naturais que seriam os direitos do homem. Entretanto, em matéria de dignidade da pessoa humana, dentre os pensadores Iluministas, se destaca o filósofo Immanuel Kant (1724-1804), nascido Königsberg, na Alemanha. Sua formação acadêmica vem da doutrina racionalista, com forte admiração por Rousseau, porém sua doutrina era baseada em certa consideração da moral cristã. (MASCARO, 2018). Em virtude desse pensamento, Kant elaborou a seguinte teoria:

É conhecida a teoria kantiana de que as pessoas, diferentemente das coisas e dos animais, não têm preço, mas dignidade, constituindo fins em si mesmas. Kant fundamentou essa dignidade na autonomia da

pessoa humana, que lhe confere a capacidade de agir de acordo com a moralidade. (SARMENTO, 2016, p. 33).

Kant definiu que os animais e coisas estão no mesmo patamar, objetos que possuem valor. Contudo, os seres humanos não possuíam preço, mas sim dignidade e, ainda, o ser humano seria o fim em si mesmo. Para Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana advinha da autonomia da vontade exercida pelos seres humanos, isto é, a racionalidade humana pautada na moral. Desta forma, para se alcançar a autonomia, deverá o ser humano se autodeterminar baseado na moral. Todavia, ressalta-se que essa autodeterminação independe de classe social, cor, etnia, religião, orientação sexual, ou qualquer outro fator discriminatório. (SARMENTO, 2016). Esse pensamento exposto por Kant, influenciou na concepção adotada por Luís Roberto Barroso acerca da dignidade da pessoa humana, seguir exposta:

As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. A inteligência, a sensibilidade e a capacidade de comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar ou por expressões fisionômicas) são atributos únicos que servem para dar-lhes essa condição singular. (BARROSO, 2020, p. 245).

Em complemento à abordagem até o momento exposta, a filósofa alemã, Hannah Arendt (1906-1975) assevera que o primeiro de todos os direitos do homem seria o direito de ter direitos. Essa definição é atrelada ao conceito de cidadania, pois a ausência de cidadania significa a perda de direitos. Desta forma, os ensinamentos ressoaram por todo o globo e, inclusive, influenciou na elaboração da Constituição Federal de 1988, visto que a cidadania foi contemplada como um dos fundamentos da República Federativa. (MARTINS, 2019). Enfrentada a narrativa da conceituação e evolução histórica da dignidade da pessoa humana, indaga-se a respeito dos limites máximo e mínimos dela. Desta forma, paira a discussão se deverá ser assegurado o máximo ou, somente, o mínimo, essas são as indagações debatidas por aqueles que se atém ao debate. Por essa razão, André Ramos leciona que:

Na mesma linha, há aqueles que defendem que o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um “conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. (RAMOS, 2020, p. 114).

Com base no narrado, preleciona-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser assegurado em todas as situações tanto em seu aspecto positivo, quanto negativo. Frisa-se que seu aspecto negativo compreende atitudes negativas que impedem práticas que a firam como, por exemplo, a tortura, penas cruéis, prisão perpétua, dentre outras. Além disso, também é um princípio da observância obrigatória para a de elaboração de leis e, também, de decisões judiciais, haja vista que não poderá ser criada uma lei que a fira, bem como não poderá ser proferida decisão judicial que não lhe seja observada. (SARLET, s.d.). Nesse sentido, pontua Sarlet:

Quanto à sua função como limite negativo (...) é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos. (SARLET, s.d., p. 20).

Por outro lado, sob seu aspecto positivo, a dignidade da pessoa humana visa a elaboração de condutas positivas que asseguram essa dignidade para todas as pessoas, por meio de condutas denominadas de ações afirmativas, ou seja, que prestem, dentre outras coisas, educação, saúde, maternidade, moradia, transporte, todos de qualidade. Contudo, para isso é preciso de previsão orçamentaria que, muitas vezes, o Estado não possui o suficiente. Assim, há a figura do mínimo existência que prescreverá a necessidade de se assegurar pelo menos o mínimo da dignidade da pessoa humana, sob o seu aspecto restrito, de prestações materiais. (SARLET, s.d.).

2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito é uma construção teórica da segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha, com o termo *Rechtstaat* e, depois, sendo adotado pela doutrina francesa. O objetivo do Estado de Direito é o enquadramento do Poder do Estado pelas normas do Direito, isto é, uma limitação ao exercício do Poder do Estado,

evitando, assim, arbitrariedades. Por essa razão, o Estado de Direito clássico preconiza que o Poder Público só poderá fazer aquilo que a lei permite, isto é, a contemplação do princípio da legalidade. Outrossim, o Estado de Direito, ainda, deve criar e manter meios e garantias para reprimir abusos estatais. (STRECK; MORAIS, 2014). Streck e Moraes complementam que:

A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública. Na sua origem germânica, está embasada na autolimitação do Estado pelo Direito, pois é o Estado a única fonte deste, atribuindo-lhe força coercitiva, e é o Direito criação daquele. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 70).

No entanto, faz-se necessário evidenciar os ensinamentos de Paulo Bonavides o qual faz uma distinção entre o Estado de Direito clássico e o novo Estado de Direito, a saber:

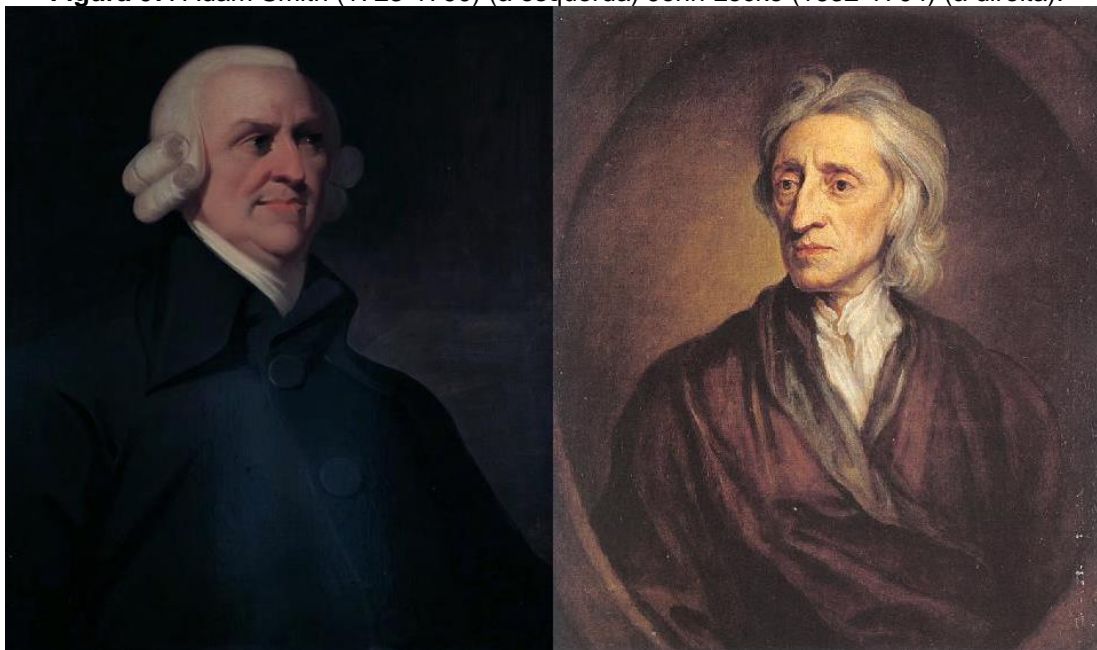
O primeiro Estado de Direito pertenceu à separação de poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primordialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica. Um Estado em busca de meios com que aparelhar fins. (BONAVIDES, 2004, p. 09).

De acordo com a delineada narrativa, a primeira aceção do Estado de Direito trouxe a concepção da separação dos poderes como a primeira medida para limitar e frear os poderes estatais, com base nos ensinamentos de Montesquieu, já analisadas no presente estudo. Nesse período histórico, não havia a preocupação em se assegurar direitos e garantias para a população, mas sim que o Estado não intervisse nas relações sociais. Por outro lado, o novo Estado de Direito busca a efetivação dos direitos fundamentais sob o aspecto da Constituição. (BONAVIDES, 2004). Por essas razões, o Estado de Direito, que é regido por leis, poderá assumir diversas formas como: liberal, social ou democrático, pois o Estado de Direito é a forma, enquanto as definições liberal, social e democrático são os conteúdos daqueles Estados. Não obstante o surgimento no plano teórico, cita-se que o surgimento do Estado Direito está atrelado ao surgimento do Estado Liberal, já que ambos possuem o objetivo de frear o Poder Estatal. (STRECK; MORAIS, 2014). Assim, Streck e Moraes ensinam que:

O que se observa, portanto, é que, no seu nascedouro, o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – com a divisão de poderes ou funções e, com a nota central, a garantia dos direitos individuais. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 72-73).

O ideal do liberalismo que, conforme dispõe o nome, regula a necessidade da manutenção das liberdades individuais. Destaca-se, ainda, que existem duas vertentes desse pensamento filosófico: o liberalismo econômico e o liberalismo político. Como marco para o liberalismo econômico há o filósofo Adam Smith (1723-1790) quem lecionou a existência de uma “mão invisível” que regula o mercado, criou, também, a lei da oferta e da procura. Por sua vez, como foco desse estudo, ressalta-se o liberalismo político liderado por John Locke (1632-1704) conhecido como “pai do liberalismo” para alguns. Locke lecionava que a pessoa humana ao nascer já era detentora dos seguintes direitos naturais: liberdade, vida e propriedade privada. (STRECK; MORAIS, 2014).

Figura 07. Adam Smith (1723-1790) (à esquerda) John Locke (1632-1704) (à direita).



Fonte: ESTADÃO, 2008; ESQUERDA NET, 2015 (com edições do autor).

Para fins de complementação, embora possua o título de “pai do liberalismo”, havia certa seletividade por parte de John Locke. Nesse sentido, Albergaria narra que John Locke: “(...) aceitava a escravidão como uma coisa natural entre os homens.

Afinal, o comércio dos escravos nos navios negreiros ingleses era uma excepcional forma de ingresso de divisas para o Estado britânico”. (ALBERGARIA, 2019, p. 108). Prosseguindo, quanto ao Estado Liberal, frisa-se, inicialmente que ele necessariamente pressupõe a existência de um Estado Mínimo, ou Estado Negativo, visto que é preciso que o Estado deixe de atuar, apenas preserve a liberdade das pessoas, consagrando, pois, os direitos humanos de primeira dimensão (geração) os denominados direitos civis e políticos. (STRECK; MORAIS, 2014). Com base nisso, expõe-se os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

O núcleo do princípio axiológico da liberdade é a ideia de autonomia, isto é, de submissão de cada qual à normas por ele mesmo editadas. Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos. O pensamento clássico vê, pois, no autogoverno, sob o império da lei, a característica essencial de uma sociedade livre. (COMPARATO, 2015, p. 77).

O povo é livre para escolher seus governantes, e os escolhidos também possuem liberdade para a elaboração das leis, criando, assim, um vínculo de liberdade nos meios sociais e políticos, restando como uma característica central do Estado Liberal. Quanto ao Estado de Direito, ele é caracterizado por certas características, denominadas de princípios norteadores, pois são imprescindíveis para a existência e manutenção do Estado. Portanto, menciona-se, de imediato, a presença do princípio da legalidade no Estado de Direito o qual impõe que o Poder Estatal não poderá tomar medidas que a lei em sentido amplo não permita. Desta forma, Alexandre de Moraes leciona que:

(...) Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. (MORAES, 2017, p. 51).

De acordo com o exposto, o princípio da legalidade objetiva acabar com os caprichos daqueles que estejam que possuam o Poder, impondo a eles direitos e deveres que, se não forem obedecidos, gerarão repercussão jurídica e, então, os responsáveis serão alvos de sanções por seus atos. Logo, os indivíduos têm garantias legais para se protegerem desses arbítrios. Por conseguinte, o princípio da legalidade

é a antinomia do ocorrido durante o período do Absolutismo. (MORAES, 2017). A Constituição Federal de 1988 assentou o princípio da legalidade no artigo 5º, inciso II, a saber: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988).

Além disso, o Estado de Direito é norteado pela existência da isonomia formal de todas as pessoas, sobre isso Flávio Martins ensina que “consiste em dar a todos idêntico tratamento, não importando a cor, a origem, a nacionalidade, o gênero ou a situação financeira.” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 783). Essa isonomia formal foi um dos fatores para o declínio do Estado Liberal e a ascensão do Estado de Bem-Estar Social, porque o aumento do número de trabalhadores e a diminuição dos postos de trabalhos, fez com que os empregos ficassem escassos e, nesse período, os patrões e funcionários eram considerados, perante a lei, como iguais o que ocasionou a exploração da mão de obra barata em condições indignas. (COMPARATO, 2015).

Nesse sentido, a Constituição Federal assegurou a igualdade material e formal, realizando a discriminação que as pessoas deveriam ser tratadas desigualmente na medida de sua desigualdade. Por essa razão, há a existência de cotas raciais; leis para a proteção dos trabalhadores; leis para proteção do consumidor; leis para proteção da mulher, da pessoa deficiente, do idoso, dentre outras, no ordenamento jurídico brasileiro. (NUNES JÚNIOR, 2019).

Com a finalidade de limitar o Poder Estatal, há a presença, também, do princípio norteador: tripartição dos poderes, já que a junção do Poder em um único agente pode ocasionar eventos de abuso de poder e, então, o sistema de freios e contrapesos, *check and balance* irá impedir essas ocorrências. Contudo, existem requisitos a serem seguidos, isto é, os Poderes Constitucionais devem ser permanentes, independentes e harmônicos entre si. (MORAES, 2017). Sobre esse princípio, Alexandre de Moraes narra que:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura. (MORAES, 2017, p. 315).

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da tripartição dos poderes está positivado imediatamente após os fundamentos da República, ou seja, no artigo 2º o qual prevê que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988). Nesse ínterim, embora a devida relevância constitucional do princípio da presunção de inocência, sua incidência no processo penal brasileiro não é isolada, mas sim de forma conjunta com demais princípios constitucionais e legais. Logo, é imperioso destacar a relevância dos demais princípios para que sejam asseguradas as garantias fundamentais do réu. Nesse sentido, a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LIV, assegura que:” ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRASIL, 1988).

O referido artigo em comento consagrou o princípio do devido processo legal, isto é, para que a pessoa perca seus bens ou seja privado de liberdade é indispensável que o Estado estabeleça uma ação penal e, ao final, obtenha uma sentença judicial que possibilite a condenação do acusado. Deste modo, verifica-se que a presunção de inocência, ou não culpabilidade, é objeto de divergência quanto ao seu momento de afastamento, para alguns será com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – posição majoritária pelo STF em 2019 –, já outros defendem que a presunção de inocência incide apenas até a condenação em segundo grau de jurisdição, após esse momento há uma presunção de culpa. Com isso, ressalta-se a explicação de Prado sobre o supracitado princípio no âmbito penal:

(...) essa garantia constitucional significa: “**a**) processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*, segundo desdobramento da concepção norte-americana: a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação, ao caso concreto, de normas preexistentes, que ‘não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas’); **b**) aplicação das normas jurídicas, seja do *ius positum*, seja de qualquer outra forma de expressão do direito, por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que, como visto, é o processo (*judicial process*): o denominado *substantive due process of law* reclama, para sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade; e, c) assecuração, no processo, de paridade de armas entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à determinação de igualdade substancial: esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador;

corresponder a realidade processual”. Assim concebido, continua o autor, o devido processo penal dá lugar às seguintes garantias: “a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal. (PRADO, 2019, p. 1278).

Conforme se observa, o supracitado princípio possui correlação com demais princípios do devido processo legal, como o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, dentre outros. Acerca do princípio do juiz natural, Aury Lopes Junior explica que:

(...) é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 298).

Acerca dessa temática, o presente trabalho teceu breves comentários indiretos acerca desse instituto ao tratar do Tribunal de Nuremberg, o respectivo Tribunal não assegurou a garantia do juiz natural, pois ele não existia anteriormente às infrações praticadas pelos nazistas, sendo criado para julgar fato específico e os julgadores também escolhidos para julgá-los. O desrespeito ao juiz natural acarreta comprometimento a demais princípios do processo penal como, por exemplo, o princípio da imparcialidade do julgador. (LOPES JUNIOR, 2019). Em grau de aprofundamento, há comprometimento da garantia de presunção de inocência do réu, por desrespeito ao juiz natural, pois, com a imparcialidade comprometida o julgador poderá já possuir presunção de culpa do réu antes de finalizado o julgamento.

Além disso, para o exercício do direito de defesa do réu se faz necessário a garantia do contraditório e ampla defesa, nos exatos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988). Inicialmente, o contraditório prevê a necessidade do direito de participação e direito de informação das partes, não somente a defesa, isto é, as partes tem direito de receber informações sobre o processo, haja vista a regra da publicidade dos atos processuais, e o direito de

participação compreendido como possibilidade de reagir a atos desfavoráveis. Por esse motivo, a citação é requisito indispensável formação do vínculo processual, sob pena de nulidade. Ainda, o princípio do contraditório, no âmbito processual penal, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal, exige que todo acusado tenha defesa técnica e capaz, não bastando a existência de defesa formal. (LIMA, 2020).

Todavia, o contraditório não se confunde com ampla defesa, na medida em que o primeiro é aplicável a ambas partes integrantes do processo penal, e o segundo apenas pelo réu. O contraditório irá ser realizado de forma igualitária, haja vista o princípio da paridade de armas, sendo dever do juiz analisar a desigualdade de armas entre as partes. (LIMA, 2020). Ressalta-se que na ampla defesa a desigualdade é presumida e, por essa razão, Renato Brasileiro de Lima explica:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do favor rei. (LIMA, 2020, p. 57).

Logo, a regra do processo penal é que na dúvida o réu deverá ser absolvido, se há possibilidade de ser revisto o processo para inocentar, ela poderá ser utilizada (revisão criminal), porém o Ministério Público ou o querelante não poderão utilizar de tal figura a fim de reverter uma sentença absolutória para condenar o acusado, isto é, a revisão *pro societate*. (LIMA, 2020). Tecido comentários acerca dos institutos supramencionados, destaca-se que o princípio da presunção de inocência possui dimensões de aplicação, ou seja, formas pelas quais será aplicável. Nesse sentido, Aury Lopes Junior explica que:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz. Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as

garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à 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, 2019, p. 108-109).

Diante do exposto, a dimensão interna configura uma hipótese na qual o juiz deverá sempre, antes de tomar uma decisão, levar em consideração que todo o ônus probatório será da parte autora e a dúvida sempre deverá favorecer o réu. Além disso, essa dimensão interna veda a aplicação de prisão como modo de antecipação de pena, devendo a prisão cautelar ser aplicada somente em casos excepcionais. Desta forma, Renato Brasileiro frisa que: “(...) por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, da própria sanção penal (...)”. (LIMA, 2020, p. 47/48). Por sua vez, a dimensão externa visa em considerar a dignidade do réu frente a fatores externos ao processo, inadmitindo práticas como a publicidade abusiva pela mídia, evitando o pré-julgamento do fato pela mídia e acirrando os ânimos populares. (LOPES JUNIOR, 2019).

2.2 A CONSAGRAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO CONTEÚDO INDISSOCIÁVEL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O *STATUS* DE DIREITO HUMANO

Os direitos humanos consistem em uma expressão ligada diretamente ao direito internacional público, pois ao se falar de “direitos humanos” estará se falando sobre falando dos direitos que são garantidos por normas de ordem internacional. Desta forma, os direitos humanos são previstos em Tratados e Declarações Internacionais. Mazzuoli ressalta que: “devendo-se empregar a expressão ‘direitos humanos’ apenas quando se está diante da proteção de índole internacional a tais direitos”. (MAZZUOLI, 2019, p. 25). Por esse motivo, quando os direitos humanos são internalizados no ordenamento jurídico, geralmente por meio da Constituição Federal, com essa internalização os direitos humanos passam a ser denominados de direitos fundamentais, enquanto os de índole internacional, sem internalização, são os direitos humanos, pertencentes a todos as pessoas indiscriminadamente. Assim, os direitos fundamentais podem ser definidos como direitos internos e os direitos humanos como

direitos externos. (MAZZUOLI, 2019). No mesmo sentido, Mazzuoli define os direitos humanos como:

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. (MAZZUOLI, 2019, p. 26).

Feita essa diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, é preciso mencionar que esses não se confundem com os chamados “direitos do homem”. Os direitos do homem são associados a uma visão de cunho jusnaturalista em que os direitos naturais são inerentes ao ser humano. Embora tal definição, nos tempos atuais, é praticamente inexistente um direito natural que já não esteja positivado em algum tratado ou declaração internacional de direitos humanos. O objeto central dos direitos do homem era poder se afirmar que havia um direito, mesmo sem existir previsão deste. (MAZZUOLI, 2019).

Os direitos humanos decorrem de uma construção dimensional que ocorre a partir de acontecimentos históricos que necessitam que direitos específicos sejam preservados. Desta forma, atualmente, é consenso doutrinário a existência de três dimensões (gerações) dos direitos humanos, há aqueles que sustentam uma quarta ou quinta dimensão. Os direitos de primeira dimensão são pautados pela necessidade de liberdade; os de segunda pela igualdade; os de terceira pela fraternidade; os de quarta pela solidariedade; e os de quinta pela esperança. (MAZZUOLI, 2019). Nesse sentido, acerca dos direitos humanos de primeira dimensão:

Segundo Bonavides, os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade *lato sensu*, sendo os primeiros a constarem dos textos normativos constitucionais, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, sob o ponto de vista histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Trata-se dos direitos que têm por titular o indivíduo, sendo, portanto, oponíveis ao Estado (são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado). Como exemplos, podem ser citados os direitos à vida, à liberdade (de locomoção, reunião, associação, de consciência, crença etc.), à igualdade, à propriedade, ao nome, à nacionalidade, dentre tantos outros. (BONAVIDES, 2008, p. 82-93 *apud* MAZZUOLI, 2019, p. 53)

Pelo exposto, a primeira dimensão é categorizado por um momento histórico do fim do Absolutismo e a desconcentração do Poder das mãos de um único agente

soberano, logo, há exigências de se garantir direitos individuais básicos do cidadão como sua liberdade em sentido amplo, ou seja, liberdade de reunião, associação, crença, consciência, dentre outros. Ainda, há previsão de proteção ao direito à vida; à nacionalidade; à propriedade privada; à igualdade; ao nome; dentre outros. Então, esses direitos são categorizados como de natureza negativa e podem ser utilizados e oponíveis frente à atuação Estatal, categorizados como direitos de resistência. (MAZZUOLI, 2019). Conforme se observa, o princípio da presunção de inocência é decorrente do movimento iluminista e, portanto, é um direito humano de primeira dimensão. Paulo Rangel ensina que:

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. 86).

Por essa razão, o primeiro documento histórico a positivizar o princípio da presunção de inocência nasce na França, em 1789, em decorrência da Revolução Francesa, estampado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 9º, com a seguinte redação: “Todo o homem é considerado inocente, até ao momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei”. (RANGEL, 2015, p. 87). Canotilho sustenta que a origem da presunção de inocência remonta a Carta Magna (Magna Carta) de 1215, porém tal entendimento é minoritário, prevalecendo que sua origem advém da Revolução Francesa. (PAULINO, 2017).

Diante do discorrido, certo é que o princípio da presunção de inocência é um direito humano de primeira dimensão, logo, há certas características inerentes a ele e a todos os demais direitos humanos, quais sejam: universalidade, indivisibilidade, interdependência, unidade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade, e proibição do retrocesso. Tais características serão analisadas individualmente a seguir: a universalidade – ou intranscendência, ou inerência – aduz que todos os direitos humanos são reconhecidos a todos os seres humanos, ou seja, o ser humano é tido como uma folha de papel, não levando em consideração qualquer

particularidade dele como a etnia, religião, orientação sexual, nacionalidade, dentre outros fatores. O evento que desrespeitou frontalmente a dita característica é o regime nazista que negou os direitos humanos para certos grupos sociais como os judeus, por exemplo. Assim, o marco do reconhecimento da universalidade dos direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. (RAMOS, 2020).

Por sua vez, a indivisibilidade se divide em duas facetas com um objetivo em comum. Desta forma, a primeira faceta dispõe que os direitos humanos não poderão ser fragmentados, ou seja, ou é completamente aplicado, ou estará sendo desrespeitado. Em complemento, a segunda faceta exige que todos os direitos humanos devem ser aplicados conjuntamente, não sendo possível o reconhecimento de alguns em detrimento de outros. Outrossim, a interdependência – ou inter-relação - traz a concepção que todos os direitos humanos juntos contribuem para se alcançar a dignidade da pessoa humana. Desta forma, pela indivisibilidade e interdependência desses direitos, os direitos humanos assumem uma forma de unicidade, pois são considerados como um só. (RAMOS, 2020).

Ainda, os direitos humanos também são imprescritíveis na medida em que caso não seja utilizado, não induzirá na sua prescrição, isto é, a perda da pretensão. (RAMOS, 2020). Exemplificando, a pessoa que não exercer o seu direito ao contraditório e ampla defesa por um longo período de tempo, pois nunca se envolveu em um litígio processual, não prescreverá esse direito caso um dia necessite de litigar. Somado a isso, a inalienabilidade dos direitos humanos dispõe que não poderão ser vendidos, alienados. (RAMOS, 2020). Assim, a pessoa não poderá se vender como escravo, já que seu direito à liberdade, dignidade, dentre outros, são inalienáveis. Por fim, a indisponibilidade – ou irrenunciabilidade – tem relação direta com o exemplo anterior exposto, porque a mencionada característica veda que a pessoa humana abra mão de seus direitos humanos e permita a violação deles. (RAMOS, 2020). Essas três características (imprescritibilidade; inalienabilidade; e indisponibilidade) formam uma proteção de intangibilidade dos direitos tidos como necessários para uma vida digna. (RAMOS, 2020).

Diante de todo o exposto, ressalta-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, foi redigida sob a influência no impacto mundial ocasionado pelo regime nazista por todo o globo, durante a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, a referida declaração foi marcada pela parcialidade daqueles que a elaboraram, visto que, segundo Comparato: “só começou a ser feita - e de forma muito parcial, ou seja,

com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais - após o encerramento das hostilidades”. (COMPARATO, 2015, p. 238). Contudo, mesmo sendo aprovada por unanimidade, Comparato ressalta que: “os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polónia e Jugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar.” (COMPARATO, 2015, p. 238). No texto da declaração, foi previsto, no seu artigo 11 que:

Artigo 11.

l) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
(...). (DHNET, s.d, s.p.).

Com base no supracitado, há presunção de inocência até que a culpabilidade seja provada de acordo com a lei (devido processo legal) asseguradas todas as demais garantias necessárias à sua defesa, como o contraditório e a ampla defesa, por exemplo. No mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 previu, em seu artigo 14, §2º, que: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (USP, 2003, p. 05). Sobre essa disposição, Comparato tece os seguintes comentários:

(...) a presunção de inocência somente se desfaz com a condenação definitiva do réu. É inaceitável, portanto, estabelecer-se em lei a apresentação do réu à prisão, como condição de admissibilidade de processamento de seu recurso contra a sentença condenatória. (COMPARATO, 2015, p. 324).

Desta forma, ressalta-se que, na redação original do Código de Processo Penal Brasileiro, o artigo 594 possuía a seguinte redação legal: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. (BRASIL, 1941). Conforme se observa, o texto da redação original ia de encontro à disposição do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, todavia, o Pacto foi posterior. Ocorre que, em 1973, o referido artigo foi alterado pela Lei nº 5.941, que passou a prever o seguinte: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim

reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”. (BRASIL, 1973). Destarte, há alteração que flexibilizou a regra anteriormente exposta, porém manteve a necessidade de se recolher a prisão. Assim, há referida norma só fora revogada em 2008 por meio da Lei nº 11.719. No entanto, frisa-se que, em 1973, o Brasil não estava obrigado a cumprir o mencionado Pacto, haja vista que ele apenas foi internalizado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. (BRASIL, 1992). Pelo exposto, a norma apenas se retirou do ordenamento jurídico depois de decorrido 16 (dezesseis) anos da ratificação do Pacto. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, assegurou como garantias judiciais que:

Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (PGE/SP, s.d., s.p.).

O Pacto de San José da Costa Rica assegura a mesma disposição referente a presunção de inocência dos acusados em geral, ressaltando a necessidade de que sejam tratados de forma plenamente igual, sendo assegurado certas garantias mínimas. Sendo certo o referido Pacto foi internalizado no ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. (BRASIL, 1992).

2.3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 previu no artigo 5º, inciso LVII, que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Tal previsão constitucional assegura o princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade. Além disso, ressalta-se que tal inclusão no texto constitucional é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, segundo Oliveira: “os textos constitucionais anteriores a Carta Magna de 1988 apesar de pródigios na enumeração de garantias fundamentais de justiça repressiva não fizeram menção ao princípio da presunção de inocência” (OLIVEIRA, 2019, p. 17).

Ademais, historicamente o princípio da presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade são fontes de profunda divergência entre as Escolas penais italianas entre o século XIX e XX. Essa discussão entra protagonizado por duas principais escolas: Clássica e Positiva. (BARGALO, 2015). Para a Escola Clássica a presunção de inocência seria um pressuposto da ciência no âmbito do procedimento penal. No entanto, segundo Bargalo: “(...) para a Escola Positiva, ‘a presunção de inocência não passava da porta da denúncia’, não aceitando a sua influência na dinâmica processual penal”. (BARGALO, 2015, p. 57).

Então, para a Escola Positiva não haveria que se falar em presunção de inocência com o início da ação penal, visto que não haveria possibilidade de, ao final, o Réu ser declarado inocente, mas tão somente culpado ou não culpado pela infração penal. Nesse sentido, assevera Bargalo:

(...) enquanto o juiz ou Tribunal não reconhecesse a culpa do acusado, ele jamais seria considerado inocente. Afinal, o processo penal, na sua óptica, não seria um instrumento para analisar se alguém era ou não inocente, mas para verificar se era ou não culpado. (BARGALO, 2015, p. 58).

Por essa razão, surge o movimento do positivismo jurídico na Itália, no século XIX, que pretendiam substituir a expressão presunção de inocência criada pelo iluminismo, para presunção de não culpabilidade. Desta forma, essa corrente de pensamento, amparada pela Escola Técnico-Jurídica, influenciou na elaboração do Código de Processo Penal Italiano de 1931, sendo que esse Código foi fonte de inspiração para a criação do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941. Além disso, essa garantia foi contemplada pela Constituição Federal da Itália que também

influenciou na Constituição Federal de 1988 do Brasil. (BARGALO, 2015, p. 58). Em decorrência da redação constitucional elencada pelo artigo 5º, inciso LVII, supracitado, há estudiosos que relatam existir divergências entre ambos conceitos e outros asseguram que são sinônimos. Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha argumenta que:

Na verdade, o princípio insculpido na referida norma garantia é o da presunção de não culpa (ou de não culpabilidade). Uma situação é a de presumir alguém inocente; outra, sensivelmente distinta, é a de impedir a incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença, que é justamente o que a Constituição brasileira garante a todos. (CUNHA, 2016, p. 99).

Conforme os ensinamentos expostos, Rogério Sanches Cunha se alinha ao posicionamento que o texto da Constituição Federal assegura a presunção de não culpa ou não culpabilidade. Em razão de que, segundo ele, a Constituição Federal assegura a todos a não incidência dos efeitos da condenação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Logo, seria diverso de ser considerado inocente, pois a consideração da inocência não veda a imposição dos efeitos da condenação. (CUNHA, 2016). Em sentido diverso, Jaime Vergas Torres afirma que:

Não é possível distinguir presunção de não culpabilidade e presunção de inocência. Desse modo, o art. 272. da Constituição (italiana) não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência... Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros... Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: “Vale aqui a máxima *qui dicit de uno, negat de altero*. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. *Tertium non datur*”. (GOMES, 1996, p. 22 *apud* BARGALO, 2015, p. 59).

Na visão de Torres, não há diferenças entre inocente e culpado, se uma pessoa é considerada inocente, logo ela não será culpada e a recíproca é verdadeira. Ainda, Maier complementa que:

“Presumir inocente”, “reputar inocente” ou “não considerar culpável” significa exatamente o mesmo; e essas declarações formais remetem ao mesmo princípio que emerge da exigência de um ‘juízo prévio’ para infligir uma pena a uma pessoa [...] trata-se, na verdade, de um ponto de partida político que assume – ou deve assumir – a lei de processo penal em um Estado de Direito, ponto de partida que constitui, em seu momento, uma reação contra uma maneira de perseguir penalmente

que, precisamente, partia do extremo contrário. (MAIER, 2002, p. 491-492 *apud* BARGALO, 2015, p. 60).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, atualmente, ao que parece, adota o entendimento que há uma relação de sinonímia entre o princípio da presunção de inocência e de não culpabilidade. (STF, 2016). Desta forma, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em 2012, se pronunciou no sentido de existir divergências entre ambos princípios, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 101.909/MG, ao se pronunciar no sentido que:

A presunção de não-culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não-culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não-culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não-culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. (STF, 2012, s.p.).

Contudo, durante o julgamento da ADC 43, em 2016, o Ministro Marco Aurélio de Mello, citando Badaró, argumentou que não há diferenças entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade, haja vista que objetivam o mesmo fim, isto é, que a pessoa não seja considerada culpada. (STF, 2016).

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, 2015, p. 57 *apud* STF, 2016, p. 17).

No julgamento da supracitada ADC, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que: “a ideia de presunção de inocência é, de fato, um direito fundamental cujo elemento central, o núcleo essencial, é fundamentalmente normativo. É o conjunto normativo que diz o que é essa presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência”. (STF, 2016, p. 202). Ainda, o Ministro Luís Roberto Barroso alegou que o dispositivo

constitucional: “(...) consagra o princípio da presunção de inocência, ou – em expressão mais técnica – o princípio da presunção de não culpabilidade”. (STF, 2016, p. 64). O Ministro Celso de Mello segue o mesmo entendimento e utiliza os princípios como sinônimos. (STF, 2016).

3 INSTABILIDADE E INOVAÇÃO INTERPRETATIVA? UMA ANÁLISE DA TUTELA DA PERMISSIVIDADE DA PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA, SOB OS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A instabilidade dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal no caso do princípio da presunção de inocência busca suas raízes na aplicação da hermenêutica jurídica. Nesse sentido, Carlos Maximiliano define: “Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. (MAXIMILIANO, 2017, p. 14). Com isso, é preciso antever o procedimento histórico que sedimentou o processo hermenêutico jurídico constitucional que culminou nas divergências que abalam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação a possibilidade ou não da prisão após sentença penal condenatória em segunda instância.

Desta maneira, retorna-se à acepção e aos sentidos possíveis da palavra Hermenêutica. Assim, ressalta-se que ela decorre de uma origem do grego *hermeneuein* que, usualmente, é traduzido como: “interpretar”, também decorre de *hermeneia* que significa “interpretação”. Tais palavras sofrem influência da mitologia grega antiga do Deus-Alado Hermes, esse que tinha a função de interceder entre os planos humanos e divino. Além disso, Hermes era tido como aquele que descobriu a arte da escrita, bem como um mensageiro divino. (SOARES, 2019). Na sequência Soares narra que:

A hermenêutica é, seguramente, um tema essencial para o conhecimento. Tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. Como o mundo vem à consciência pela palavra, e a linguagem é já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da própria vida humana. (SOARES, 2019, p. 20).

Logo, a hermenêutica, em geral, é aplicável a todos os campos do conhecimento humano, pois o fato de existir uma linguagem é o pressuposto da existência de hermenêutica e, portanto, condição *sine qua non* da sociedade humana. Contudo, a hermenêutica jurídica se diverge quanto ao seu objeto de estudo das

demais ciências, já que ela visa prever as interpretações possíveis para as leis e a Constituição Federal propriamente dita. Desta forma, Maximiliano afirma que:

É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. (MAXIMILIANO, 2017, p. 14).

Assim, é imperioso destacar que “interpretação” não se confunde com “hermenêutica”, visto que a interpretação consiste na aplicação da técnica, sendo que essa técnica é a hermenêutica. Assim, Maximiliano esclarece que: “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. (MAXIMILIANO, 2017, p. 15).

Menciona-se, portanto, que o direito brasileiro decorre de uma inspiração romano-germânica e, por esse motivo, frente a uma situação, leia-se, problema, o operador do direito irá analisar a situação fática e identificar em que parte do ordenamento jurídico a conduta se amoldará. Após, utilizando-se de um raciocínio lógico e silogístico, a seguir exposto: existirá uma premissa maior e uma menor, a maior é a norma aplicável ao caso concreto; os fatos serão a premissa menor; a conclusão é o resultado lógico da subsunção do fato à norma, caracterizando o método subsuntivo. (BARROSO, 2020). Contudo, a hermenêutica constitucional acaba por estabelecer maiores impactos para o direito positivo para um determinado país, pois sua interpretação acarretará em alteração de todo o sistema jurídico-positivo vigente. Nessa linha de raciocínio, Mendes e Branco expressam que:

A interpretação constitucional tende a acarretar impacto sobre todo o direito positivo do Estado, já que é a Constituição a norma suprema em uma comunidade e a fonte de legitimidade formal de toda a sua ordem jurídica. Dispondo a Constituição sobre as relações entre os poderes e destes com as pessoas, a interpretação constitucional não se desprende, tampouco, de uma ineliminável pressão ideológica e política. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 120).

Por ostentar a característica de ser a norma suprema do país, a Constituição Federal exige maior cuidado e cautela de sua interpretação jurídico-constitucional. Assim, o intérprete deve se ater a natureza linguagem apresentada; a superioridade

jurídica; o caráter político ocasionado pela ação; e o conteúdo específico da norma. (BARROSO, 2020). Logo, essas especificidades deram origem aos princípios instrumentais de interpretação constitucional ou princípios específicos que Barroso os lista da seguinte forma:

(...) princípios instrumentais de interpretação constitucional: a) princípio da supremacia da Constituição; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; c) princípio da interpretação conforme a Constituição; d) princípio da unidade da Constituição; e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade; f) princípio da efetividade. (BARROSO, 2020, p. 295-296).

Tais princípios serão analisados individualmente a seguir: o princípio da supremacia da Constituição estipula que o Poder Constituinte, eivado de uma soberania popular, a transforma em soberania constitucional, por meio da criação e promulgação da Constituição Federal. Por esse motivo, a Constituição apresenta aspecto supremo diante das demais normas do ordenamento jurídico e, também, não sofre limitações pela Constituição de outros países.

Para assegurar essa supremacia, é realizado o denominado controle de constitucionalidade das leis e atos normativos a fim de que estes estejam em sincronia com as normas constitucionais. Ainda, esse controle pode ser dado em decorrência de uma via incidental a qual ocorre quando a inconstitucionalidade é suscitada em qualquer juízo ou tribunal, por qualquer pessoa. Por sua vez, há a via principal que apenas as pessoas enumeradas no artigo 103 da supracitada carta constitucional poderão propor a ação. (BARROSO, 2020).

Tecidos comentários acerca da supremacia da constituição, imperioso destacar que ocorre uma presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público em uma decorrência direta do princípio da separação dos poderes – já analisado no presente trabalho de conclusão de curso – haja vista que a atividade típica do Poder Legislativo é de criar leis e, também, uma função atípica do Poder Executivo. Entretanto, a última palavra sempre restará ao Poder Judiciário para decidir se o ato normativo é ou não compatível com a Constituição Federal. (BARROSO, 2020). Por essa razão, a regra é que o Poder Judiciário não irá declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos, salvo quando:

- a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma;
- b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder;
- c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição. (BARROSO, 2020, p. 298).

Assim sendo, deve ser analisado se uma determinada norma é inteiramente inconstitucional, ou se todo seu texto carece de inconstitucionalidade, além disso, é preciso notar se existe algum outro fundamento para que a questão seja decidida. Por fim, ressalta-se a necessidade de vislumbrar a existência de outra interpretação possível com o intuito de que a constitucionalidade da norma seja declarada. (BARROSO, 2020).

Em sequência, o princípio da interpretação conforme a Constituição estabelece duas premissas: uma técnica de interpretação e uma forma de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais. Desta forma, o mencionado princípio preconiza que determinados atos normativos devem ser lidos frente a melhor redação com o texto constitucional, compatibilizando-os. Barroso exemplifica que:

Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos previdenciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva (i.e., entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual. (BARROSO, 2020, p. 298).

Logo, em vez de o texto normativo ser declarado inconstitucional, é realizado uma nova interpretação, isto é, uma releitura do texto e uma nova interpretação. Por oportuno, o princípio da unidade da Constituição dialoga que o texto constitucional deve ser lido e interpretado como uma única coisa, um único corpo. (BARROSO, 2020). Desta maneira, para fim de exemplificação, as normas que protegem o capital estrangeiro e o consumidor são de mesma hierarquia constitucional e são dotadas de constitucionalidade absoluta, visto que derivam de constitucionalidade originária.

Por outro lado, as Emendas Constitucionais não são feitas pelo Poder Constituinte Originário e, por essa razão, não são dotadas de constitucionalidade absoluta, mas sim relativa. Portanto, as Emendas Constitucionais devem resguardar

sintonia, unidade, com todo o texto constitucional, a fim de que não tenham sua inconstitucionalidade declarada. (BARROSO, 2020).

Com isso, tem-se, ainda, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade que, nesse contexto de interpretação constitucional, deve ser tido de maneira fungível, ou seja, como um mesmo conceito. Os fundamentos de existência do supracitado princípio, advêm do devido processo legal substantivo, bem como da proteção dos direitos fundamentais. Destarte, o referido princípio prevê a possibilidade do controle da discricionariedade dos atos do Poder Público. (BARROSO, 2020). Deste modo, Barroso enumera as possibilidades de aplicabilidade do presente princípio:

- a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação);
- b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso);
- c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). (BARROSO, 2020, p. 301).

Além do teor anteriormente exposto, o princípio pode ser usado como uma unidade de medida, tendo em vista que permite ao juiz dosar o peso que uma norma terá em determinado caso concreto, de modo que não ocorra injustiças. Desta maneira, visualiza-se o caso em que uma pessoa que não possua antecedentes criminais pratica um crime sem violência ou grave ameaça, possua residência fixa e trabalho com carteira assinada e não demonstre comportamento no sentido que irá frustrar a aplicação da lei penal. Nessa situação, a aplicação de uma prisão preventiva poderá estar eivada de ilegalidade, na medida em que a decisão não será proporcional ao delito praticado, bem como a situação pessoal do agente. (BARROSO, 2020).

Essa temática é decorrente das tradições que o Direito segue, isto é, o *civil law* e *common law*. O *civil law* é adotado por países de origem latina e germânica na qual é priorizado os resultados do processo legislativo, ou seja, o texto produzido pelo parlamento: a lei, essa tradição tem suas origens históricas derivadas da Revolução Francesa, visto que a lei seria a única maneira de impedir o abuso de poder do governante que atuava sob o manto do absolutismo. (REALE, 2002).

Por outro lado, os povos anglo-saxões que priorizavam o direito decorrente dos usos, costumes e da própria produção jurisprudencial. Desta forma, Miguel Reale destaca que: “O Direito é, ao contrário, coordenado e consolidado em precedentes

judiciais, isto é, segundo uma série de decisões baseadas em usos e costumes prévios". (REALE, 2002, p. 110). Assim, a produção de decisões judiciais deriva do próprio direito da sociedade. Por essa razão, Garcia leciona que:

A jurisprudência deve ter **certa estabilidade**, evitando mudanças **bruscas, repentinas, injustificadas**, para que seja respeitada a segurança jurídica. Isso não significa, entretanto, a completa estagnação e a impossibilidade de evolução do entendimento jurisprudencial, o qual deve acompanhar a **evolução social e jurídica**. Exige-se da jurisprudência a integridade, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em consonância com o sistema jurídico, constituído, de forma harmônica, de regras e princípios, no qual merecem destaque os preceitos constitucionais. A jurisprudência, ainda, deve atender à **necessidade de coerência**. (GARCIA, 2015, p. 79).

Pelo exposto, visualiza-se que a jurisprudência no tocante ao assunto da presunção de inocência, isto é, que discute acerca da liberdade das pessoas já foi alterada inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, com base no trabalho no presente trabalho, a regra até 2008 era de que haveria prisão após segunda instância, pois os recursos especial e extraordinário não eram dotados de efeito suspensivo. Porém, após decisão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de um Habeas Corpus, em 2009, a execução provisória da pena, após condenação em segunda instância, passou a ser vedada por uma placa de 7 (Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski) a 4 (Ministros Carmen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Menezes Direito). (STF, 2009).

Ocorre que, em 05 de outubro de 2016, novamente o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se pronunciar sobre a matéria e retornou ao seu entendimento que havia em 2008. Nesse novo julgamento, o placar foi de 6 (Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Edson Fachin e Carmen Lúcia) a 5 (Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli). Como destaque da votação, foi o fato de o Ministro Gilmar Mendes ter alterado seu posicionamento de 2009 e votando a favor da possibilidade da execução provisória da pena. (STF, 2016).

Por fim, em 2019, novamente o Supremo Tribunal se pronunciou acerca da temática, contudo, desta vez, o resultado se assemelhou àquele exposto em 2009. Desta forma, votaram contra a possibilidade da execução provisória da pena os

Ministros: Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello, e Dias Toffoli. Pela possibilidade votaram os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia. Como destaque se denota que todos os Ministros mantiveram seus entendimentos com o passar dos anos, com exceção do Ministro Gilmar Mendes que retornou a seu pensamento exposto em 2009. (MIGALHAS, 2019).

3.1 RUÍDOS E MUDANÇAS INTERPRETATIVAS: EM EXAME, O RETROSPECTO DO DEBATE JURISPRUDENCIAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No dia 26 de outubro de 2004, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 84-078-7 de Minas Gerais, sob relatoria do Ministro Eros Grau, sendo o paciente o nacional Omar Coelho Vitor e a autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça.

O referido Habeas Corpus teve origem em decorrência de tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no qual compreendia que recursos de natureza extraordinária não possuíam efeito suspensivo e, portanto, não impediriam o cumprimento da pena, logo, não haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, a tese fixada foi:

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do status libertatis do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo. (STF, 2009, p. 04).

O caso, em tela de julgamento, é derivado de uma denúncia pelo artigo 121, §2º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, isto é, tentativa de homicídio qualificado mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe e à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido. (BRASIL, 1940). Na ocasião, o júri acolheu a tese defensiva de que o homicídio seria privilegiado por relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Com isso, o juiz dosou a pena 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão. (STF, 2009). Contudo, houve recurso (apelação) do Ministério Público e o réu foi levado a novo júri e novamente condenado, porém a pena, dessa vez, foi agravada para 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, corrigido posteriormente pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) para regime inicialmente fechado. Insatisfeito com a condenação, a defesa do réu apresentou recurso extraordinário e especial, sendo o especial aceito pelo Presidente do Tribunal. Por sua vez, o Ministério Público, antes da admissão do recurso especial, requereu a prisão preventiva do réu sob o seguinte argumento:

(...) porque o paciente é "... renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão". (STF, 2009, p. 05).

O TJ/MG acolheu aos argumentos alçados pelo Ministério Público e a prisão preventiva do réu foi decretada. Por outro lado, a defesa argumentou que o réu iria trocar de ramo e esse era o motivo da liquidação de bens e apresentou documentos comprobatórios de tais alegações. A supracitada prisão provisória deu origem ao Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça. (STF, 2009).

Figura 08: Eros Roberto Graus (Ex-Ministro do STF – 2004 - 2010).



Fonte: JOTA, 2017.

Durante o julgamento do aludido HC, o Ministro Relator Eros Graus considerou que restou afastado os fundamentos que deram azo a decretação da prisão preventiva, em razão dos argumentos lançados pela defesa, anteriormente exposto. Logo, a decretação da prisão preventiva após o julgamento do recurso de apelação se demonstra como uma forma de execução antecipada de pena. Inclusive, o citado Ministro ressaltou que: "Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto." (STF, 2009, p. 07). Nessa mesma linha de pensamento, o referido Ministro se posicionou no sentido de que:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço. (STF, 2009, p. 17).

Além disso, o Ministro cita o argumento contrário de que ocorreria inundação de recursos especiais e extraordinários nos Tribunais Superiores, haja vista que possivelmente os advogados inventariam recursos infundados com o objetivo de perpetuar a impunidade. Sobre essa temática, o Ministro satiriza que:

Ora - -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebetando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes... (STF, 2009, p. 17).

Conforme o exposto pela linha argumentativa do Ministro, este satiriza o referido argumento ao compreender que, caso o entendimento adotado não fosse o que ele adotou, isto é, a vedação da execução antecipada da pena antes do trânsito

em julgado da sentença penal condenatória, haveria uma situação de civilização primordial que não há regras de conduta, ou seja, não há o direito, cada um poderá fazer sua própria lei. (STF, 2009). Assim, ao que parece, a referida linha argumentativa estabelece exageros a interpretação diversa.

Na sequência, o Ministro Carlos Britto pediu vista dos autos e, logo após, enviou proposta de envio do HC para o pleno, pois havia divergência entre a Primeira e a Segunda Turma do STF. Por essas razões, no dia 24 de novembro de 2004, a temática foi enviada para votação no Plenário com votos favoráveis dos Ministros Sepúlveda Pertence; Marco Aurélio, Carlos Britto, vencidos os Ministros Eros Grau e Cezar Peluso. Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Grace apenas compareceram para julgamento que estavam vinculados. (STF, 2009). Com isso, o julgamento foi levado a julgamento a Plenário e fixou-se a tese que a prisão antes do trânsito em julgado só poderia ser dada em âmbito cautelar, isto é, prisão preventiva e temporária. (STF, 2009). Na ocasião, ainda, restou configurado o seguinte entendimento:

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. (STF, 2009, p. 02).

A fim de maior compreensão, resta necessário destacar o voto individual de cada Ministro, conforme já analisado anterior do Ministro Eros Grau. Desta forma, o Ministro Menezes Direito enfatizou acerca do princípio da presunção de inocência que:

(...) não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. (STF, 2009, p. 54).

Com base nisso, há uma compreensão que a presunção de inocência incidirá acerca dos fatos, mas não do direito, visto que o direito é presumido. Logo, a presunção de inocência cessaria no segundo grau de jurisdição, pois é o local que cessa a análise fática do processo penal.

Figura 09: Carlos Alberto Menezes Direito (Ex-Ministro do STF – 2007 – 2009).



Fonte: G1, 2009.

Prosseguindo, o Ministro Menezes Direito dialogou que, se é cabível a prisão antes do trânsito em julgado para prisões cautelares em que não há uma certeza de culpa como existe após a condenação em segunda instância, também seria cabível na prisão-pena antes do trânsito em julgado. Ora, ambas as prisões o que está sendo violada é a liberdade do réu, sendo que uma é que cabível com menos requisitos, leia-se prisão cautelar, e a outra com mais requisitos não é cabível, leia-se, a prisão-pena. (STF, 2009). A fim de solidificar seus argumentos, o referido Ministro enfatizou demais países que se alinham ao seu argumento:

A prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os **Estados Unidos da América** (Subseção "b" do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do US Code), o **Canadá** (arts. 679 e 816 do Criminal Code) e a **França** (art. 367 do Code de Procédure Pénale). Nos Estados Unidos, o sistema é bem claro ao admitir o imediato início do cumprimento da pena, sendo certo que a interposição de recurso de revisão de que decorreria a possibilidade de alteração não é suficiente para obstar seu imediato cumprimento. (STF, 2009) (grifo nosso). (STF, 2009, p. 57).

Além desses, Portugal, Espanha e Alemanha, também permitem a execução da pena antes do julgamento em grau extraordinário de jurisdição. Na parte final de seu voto, o Ministro destacou que: "Deixar soltos os réus já condenados nas instâncias ordinárias estimula a impunidade e protege aqueles que podem contar com os custos da multiplicidade de recursos que nossa generosa legislação processual permite." (STF, 2009, p. 59).

Figura 10: José Celso de Mello Filho (Ex-Ministro do STF – 1989 – 2020).



Fonte: G1, 2020.

De forma diversa do anteriormente exposto, o Ministro Celso de Mello vota no sentido de ser descabida a prisão após condenação em segunda instância e na pendência de recursos de natureza extraordinária. Para tanto, ele argumenta que:

O fato é que essa **incompreensível repulsa** à presunção de inocência, Senhor Presidente, com todas as **gravíssimas** conseqüências que daí resultam, **mergulha** suas raízes em uma visão absolutamente **incompatível** com os padrões do regime democrático. (STF, 2009, p. 69).

Ilustra, ainda, que essa interpretação decorre diretamente do exposto da Constituição Federal de 1988, bem como dos precedentes da Corte. Outrossim, discorre que na égide do Estado Novo era necessário que o réu comprovasse sua inocência, ou não culpa. Por essa razão, é dever institucional do Supremo Tribunal Federal de rechaçar condutas que desonerem a função do Ministério Público de comprovar a culpa. (STF, 2009). Assim, Celso de Melo enfatiza que:

Acho importante acentuar que a presunção de inocência **não se esvazia** progressivamente, **à medida** em que se sucedem os graus de jurisdição. **Isso significa**, portanto, que, **mesmo confirmada** a condenação penal por um Tribunal **de segunda** instância, **ainda assim subsistirá**, em favor do sentenciado, **esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer - repita-se - com o trânsito em julgado** da sentença penal condenatória, **como**

claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. (STF, 2009, p. 73).

Por fim, o Ministro frisou que as penas restritivas de direito, que são menos gravosas que as penas privativas de liberdade, não podem ser executadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por expressa previsão do artigo 147 da Lei de Execuções Penais. (STF, 2009). A seguir, exposto:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (BRASIL, 1984).

Logo, se o menos gravoso não é cabível, por questão lógica, o mais gravoso não seria admissível. Desta maneira, o Ministro encerra seu voto.

Figura 11: Joaquim Benedito Barbosa Gomes (Ex-Ministro do STF – 2003 – 2014).



Fonte: FOLHA DE SÃO PAULO, 2014.

Após, o Ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto reafirmando a necessidade de se prestigiar os órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, pois estes são competentes para a prolação de sentença e acórdão que julgará toda a questão fática processual. Desta maneira, o entendimento da necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória tornaria ineficaz a condenação em âmbito de primeiro e segundo grau de jurisdição, sendo melhor que toda ação seja iniciada diretamente no

Supremo Tribunal Federal, pois seria dependente de seu aval o trânsito ou não em julgado. (STF, 2009). O referido Ministro, ainda, disserta que:

Adotar a tese de que somente com o trânsito em julgado da condenação poderia haver execução penal **causará verdadeiro estado de impunidade** - considerando a sobrecarga já consolidada do Poder Judiciário, e em especial dessa Suprema corte -, especialmente para aquele sentenciado que disponha a seu favor de defensor **cujo fim precípua seja utilizar-se do maior número possível e imaginável de recursos** (e nisto o nosso ordenamento é rico) , **de molde a estender eternamente o trânsito em julgado do provimento condenatório, situação que em não poucos casos acaba por impor o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, frustrando** o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o respeito à vítima e também à própria atuação e trabalho do Poder Judiciário, que findaria por ser nula no fim das contas. (STF, 2009, p. 96).

Além disso, o Ministro atribui que o princípio de presunção de inocência não é dotado de caráter absoluto, mas relativo, razão pela qual há a possibilidade de prisão cautelar. Por sua vez, Joaquim Barbosa reafirma que os recursos extraordinário e especial não são dotados de efeito suspensivo e, desta forma, não impedem a execução da pena. Logo, o princípio do duplo grau de jurisdição está sendo respeitado ao ser proferido a condenação em segundo grau de jurisdição. E, mesmo que não fosse, ele declara que: “não existe uma garantia geral e irrestrita ao duplo grau de jurisdição, tanto é que há processos julgados em única instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um triplo grau!”. (STF, 2009, p. 97).

Figura 12: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Ex-Ministro do STF – 2003 - 2012).



Fonte: VEJA ABRIL, 2012.

Por outro lado, o Ministro Carlos Britto votou no sentido da concessão do Habeas Corpus, isto é, contrário a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância. (STF, 2009). Ademais, ele realiza uma diferenciação entre a presunção de inocência e não culpabilidade, a seguir destacada:

Logo, **enquanto não sobrevém o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o indivíduo permanece investido nessa presunção de não culpabilidade**, nesse direito material à presunção de não culpabilidade. Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. É que a presunção de inocência é muito carregada de sentido coloquial. Todos nós dizemos assim coloquialmente: "o homem é inocente até prova em contrário". A Constituição não se contentou com isso. O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. (STF, 2009, p. 104-105). (grifo nosso).

Com base no inteiro teor de seu voto, o Ministro limitou-se a realizar uma análise conjunta dos institutos da prisão cautelar, em flagrante e prisão-pena, bem como a literalidade exposta pela Constituição Federal e, desta forma, formou seu entendimento que não seria cabível a tese anteriormente exposta. Contudo, é interessante frisar que em julgamento anterior o mesmo Ministro, em âmbito eleitoral, afastou a incidência do referido princípio. (STF, 2009). Sob essa temática ele afirma que:

Termino o meu voto, apenas fazendo uma brevíssima ressalva de que **não estou entrando em contradição**, quando há pouco tempo defendi a não aplicabilidade desse direito à presunção de não culpabilidade na **esfera eleitoral**. É que a esfera eleitoral é o reino do coletivo ou da representatividade popular, **obedecendo a outros critérios, a outros vetores e a outros parâmetros constitucionais**. Mas, no plano da liberdade individual, em matéria estritamente penal, o meu voto, aqui, é pela concessão do habeas corpus. (STF, 2009, p. 109-110).

Ora, data vênua a explanação do Ministro Carlos Britto, este não ressaltou quais seriam esses "outros critérios" e "outros vetores" e "outros parâmetros constitucionais", apenas, com base em seu voto, votou que em âmbito eleitoral não é cabível, contudo, em âmbito de liberdades individuais seria cabível, não fundamentando a diferença existente entre ambas, demonstrando uma fragilidade na

aplicabilidade de sua hermenêutica jurídica, já analisada no presente trabalho. (STF, 2009).

Figura 13: Antonio Cezar Peluso (Ex-Ministro do STF – 2003 – 2012).



Fonte: GAZETA DO POVO, 2020.

Prosseguindo na análise dos votos e suas respectivas fundamentações, o Ministro Cezar Peluso fundamentou seu voto nos precedentes históricos do princípio da presunção de inocência, mencionando a obra de Beccaria, dentre outros fatores históricos que já foram mencionados no presente trabalho. (STF, 2009). Além disso, asseverou que o princípio da presunção de inocência não é a afirmação empírica que o réu não cometeu um crime, mas, na verdade, o define como:

O que é, afinal, esse princípio? É apenas um dos mais importantes valores político-ideológicos que o ordenamento jurídico assume em tutela da dignidade da pessoa humana, que é a do réu no processo penal. Noutras palavras: que a pessoa humana, que seja réu no processo penal, não perde sua dignidade por sê-lo. O Estado adota o princípio para resguardar essa condição de dignidade do réu no curso do processo, até que lhe sobrevenha sentença penal condenatória em caráter definitivo. (STF, 2009, p. 115).

Com base no exposto, Cezar Peluso menciona entendimento que se assemelha no tópico exposto no capítulo dois do presente trabalho, na medida em que correlaciona o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência como princípios intimamente ligados. (STF, 2009). Em suas razões finais, votou no sentido que o princípio da presunção de inocência veda a execução provisória da pena após condenação em segunda instância,

fundamentando que nenhum inocente deve arcar com os riscos de uma prisão indevida.

Figura 14: Gilmar Ferreira Mendes (Ministro do STF – 2002 - atual).



Fonte: UOL, 2020.

Em sequência, assinala-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual votou pela concessão do habeas corpus e que a prisão antes do trânsito em julgado, fora as hipóteses de prisão temporária ou preventiva, estaria desrespeitando frontalmente o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade. Desta forma, fundamenta que:

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação de cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). (STF, 2009, p. 148).

Na sequência, o citado Ministro destacou que é evidente que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado seria uma afronta à dignidade da pessoa humana, conforme o excerto abaixo descrito:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada. (STF, 2009, p. 149).

Desta maneira, o julgamento terminou com o placar que já fora citado anteriormente. Com base nisso, os argumentos favoráveis à concessão do habeas corpus e vedação à execução antecipada da pena após condenação em segunda instância se baseiam na literalidade exposta pela Constituição Federal, bem como que a liberdade da pessoa não poderia ser restituída. Por outro lado, os Ministros que defendem o improvimento do habeas corpus, bem como a possibilidade da execução antecipada da pena se baseiam na legislação internacional de países desenvolvidos, além de dados e estatísticas sociais, além da qualidade retributiva da pena. (STF, 2009).

Como se denota, em 05 de outubro de 2016, no aniversário de 28 anos da Constituição Federal, o Pleno do Supremo Tribunal Federal se reuniu com a seguinte composição Ministros: Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin. Na ocasião, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, e Rosa Weber restaram vencidos. (STF, 2016).

Figura 15: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (Ministro do STF – 1990 – atual).



Fonte: G1, 2019.

No julgamento, o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello votou, assim como em 2009, pela vedação à execução provisória da pena, sob o argumento da literalidade do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. (BRASIL, 1988). Assim, o referido Ministro assinala que:

A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. (STF, 2016, p. 14).

Desta forma, o citado Ministro compreende que a regra é a liberdade, compreendendo que a Constituição Federal estabeleceu uma regra absoluta que não poderá ser excepcionada, pois a literalidade do artigo é clara. Ocorre que, no mesmo julgamento, a divergência foi suscitada por Edson Fachin. (STF, 2016).

Figura 16: Luiz Edson Fachin (Ministro do STF – 2015 – atual).



Fonte: PODER360, 2019.

O Ministro Edson Fachin inicia seu voto argumentando uma correlação entre o princípio da proteção deficiente e a atuação do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a construção da proteção deficiente é algo que assola a sociedade brasileira há décadas, por essa razão, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal não decorrem de anseios de uma sociedade punitivista, mas sim do cumprimento dos direitos humanos, visto que o direito penal é o maior protetor dos direitos humanos e

fundamentais. (STF, 2016). Portanto, Edson Fachin, sobre a temática se pronuncia no sentido que:

Por essa razão, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, entendendo necessário concebê-la em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade. (STF, 2016, p. 35).

Nessa linha de raciocínio, o Ministro sustenta pela ausência do efeito devolutivo dos recursos de natureza extraordinária, logo, as decisões condenatórias após segunda instância possuem eficácia imediata. No entanto, Edson Fachin ressalta que é necessário que haja grau de unanimidade em segundo grau para que haja eficácia imediata. (STF, 2016). Portanto, caso haja uma condenação por um placar de 2x1 em segundo grau de jurisdição, não poderá haver eficácia imediata da prisão, pois, ainda, é cabível a propositura de embargos infringentes a fim de que a divergência seja sanada. (STF, 2016). Na mesma esteira, o Ministro expõe os dados cedidos pelo Defensoria Pública:

(...) os dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Informa que analisou **1.476 processos** nos quais foi requerente junto ao Superior Tribunal de Justiça entre março e dezembro de 2015. Desses apenas **896 requeriam a absolvição, redução da pena ou atenuação do regime**, já que os demais se referem à execução criminal, prisões provisórias e nulidades processuais. Dos 896 feitos, 42%, ou seja **377, eram recursos especiais ou agravos em recursos especiais**, já que os demais eram habeas corpus. (...). Dentre os 377 recursos ao STJ, segundo o memorial, 41% ou seja, **155 resultaram em solução favorável no que diz respeito à libertação dos representados**. (STF, 2016, p. 42). (grifo nosso).

O Ministro assinala que dentre esses 155 poderia a solução se buscada pela via eleita do habeas corpus, não sendo necessário a propositura de uma ação sem efeito devolutivo. Além disso, a possibilidade ou não da execução provisória da pena em nada altera a análise dos habeas corpus pelos Tribunais Superiores. (STF, 2016).

Figura 17: Luís Roberto Barroso (Ministro do STF – 2013 – atual).



Fonte: CONGRESSO EM FOCO, 2020.

O Ministro Luís Roberto Barroso teceu comentários no sentido de ser possível a execução provisória da pena, para isso utilizou de argumentos históricos e da impunidade por excesso de recursos. Além disso, discutiu e expôs dados que comprovam a ausência de efetividade dos recursos de natureza extraordinária em favor dos réus. Assim, o Ministro destaca que:

A afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública pela necessidade de se aguardar o julgamento do RE e do REsp torna-se ainda mais patente pela análise do baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária, tanto no STF, quanto no STJ. Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos extraordinários criminais providos em favor do réu foi de 1,12%. Já no caso do STJ, dados fornecidos pela Presidência do Tribunal indicam que os recursos especiais criminais providos em favor do réu no período de 01.01.2009 até 20.06.2016 foi de 10,29%. (STF, 2016, p. 77).

Diante dos dados expostos, a linha argumentativa do Ministro torna verossímil. Contudo, o destaque do julgamento gira em torno do voto do Ministro Gilmar Mendes o qual decidiu alterar seu entendimento anteriormente exposto para compreender que a prisão após a segunda instância seria possível. Para tanto, realizou uma análise global do princípio da presunção de inocência, sob os aspectos do Direito Comparado, bem como da presença do intitulado princípio nas Declarações de Direitos Humanos. Além disso, analisou a situação carcerária do Brasil e constatou que apenas aqueles que não ficaram preso durante o processo é que se beneficiam pela presunção de

inocência, enquanto aqueles que são presos provisoriamente acabam por cumprir a pena. (STF, 2016). Nesse sentido, ele afirma que:

E, a mim, parece-me que, se nós considerarmos que, aqui, cuida-se de uma garantia constitucional, que há essa atenuação da presunção de inocência, na medida em que juízos vão-se formando, vereditos vão-se formando em sentido contrário, em sentido favorável da formação de culpa, se ainda se pode falar em caso de presunção de inocência, ela é muito esmaecida afinal, com o juízo de primeiro grau, com o juízo de segundo grau e isso permite. (STF, 2016, p. 216).

Portanto, com base na narrativa, o princípio da presunção de inocência poderia ser relativizado, não ofendendo a dignidade da pessoa humana, conforme o entendimento anterior de 2009, visto que as condenações consecutivas em primeira e segunda instância construiriam um grau de culpa do réu. (STF, 2016). Assim, ocorreu a virada de entendimento jurisprudencial, com importante alteração do entendimento do Ministro Gilmar Mendes, finalizando o julgamento com o placar de 6 pela possibilidade de execução provisória, contra 5 da não possibilidade da execução provisória. (STF, 2016).

Ocorre que, em 2019, novamente esse entendimento foi revisto e, desta vez, com a alteração de posição do Ministro Gilmar Mendes o placar novamente foi 6 a 5, só que pela impossibilidade da execução provisória da pena. (MENDES, 2019). Na ocasião, o Ministro sustentou que seu entendimento alterou após 03 (três) anos pelo seguinte motivo:

Aqui, explico novamente o porquê dessa mudança. À época, convenci-me de que a presunção de não culpabilidade representava princípio que assumia a feição de garantia institucional, de modo que tal princípio não necessariamente impunha que o réu fosse tratado da mesma forma durante todo o processo. Assim, conforme se avançava no processo, e a culpa fosse demonstrada, a lei poderia, portanto, impor tratamento diferenciado. A principal justificativa do entendimento de 2016, assim, assentava-se no diagnóstico de que a inefetividade do sistema recursal penal suscitava um grave quadro de ineficiência do sistema judiciário. (MENDES, 2019, p. 11).

Assim, segundo o Ministro, com a alteração do entendimento do princípio da presunção de inocência ocorreria uma alteração – positiva – do sistema recursal brasileiro. Todavia, o Ministro, nesse novo posicionamento, demonstra inquietação e descontentamento com as instâncias ordinárias e seus respectivos julgamentos. Com

base nisso, se nota que o entendimento anterior era no sentido de se valorizar as instâncias ordinárias e, agora, de se desacreditar nas decisões impostas. Para sustentar essa narrativa, relata que as prisões provisórias pelo juízo de Curitiba mais pareceriam prisões definitivas. (MENDES, 2019).

Ora, o Ministro manifestou aborrecimento com uma comarca em específica – Curitiba – e quanto ao assunto prisão provisória que, conforme demonstrado ao decorrer de todo o presente trabalho, não se assemelha ao conceito de prisão-pena. Assim, o Ministro sustenta no seu voto pela impossibilidade da prisão após condenação em segunda instância, com o argumento baseado na prisão provisória o que, ao nosso ver, demonstra instabilidade argumentativa e jurisprudencial que o referido Ministro acaba por acarretar. (MENDES, 2019).

3.2 O STF EM COMPREENSÃO? A SUPREMA CORTE EM PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

As duas primeiras Constituições escritas do mundo, a americana, de 1787, e a francesa de 1791, trouxeram dois modelos de constitucionalismo. Para o modelo francês, haveria uma supremacia do parlamento, teoria essa que foi difundida pela Europa continental, na qual se afirmava que a Constituição teria essencialmente uma dimensão política. Portanto, os atos do parlamento, leia-se Poder Legislativo, não eram possíveis serem revistos pelo Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2020).

Por outro lado, o modelo norte-americano inaugurou, desde o caso *Marbury v. Madison*, a supremacia da Constituição e, logo, os atos do Poder Legislativo seriam passíveis de serem examinados e controlados pelo Poder Judiciário. (BARROSO, 2020). Assim, Barroso ensina que: “(...) juízes e tribunais, e especialmente a Suprema Corte, podiam exercer o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, deixar de aplicar as normas que considerassem incompatíveis com a Constituição”. (BARROSO, 2020, p. 487-488). O modelo francês prevaleceu na maior parte dos países, no entanto, com o advento da Segunda Guerra Mundial e suas conseqüências globais e sociais e a conseqüente Declaração Universal dos Direitos Humanos de

1948, o modelo americano prevaleceu em detrimento do modelo francês. (BARROSO, 2020).

Diante disso, a Suprema Corte Constitucional de um país recebe o papel de resguardar a efetividade e validade da Constituição frente a atuação dos demais Poderes Constitucionais, Executivo e Legislativo, por exemplo. Assim, caso o Poder Legislativo crie uma lei que fira diretamente a Constituição Federal, poderá o Supremo Tribunal Federal, durante o controle de constitucionalidade, fazer com o que a referida lei seja declarada inconstitucional e perca seus efeitos. Em âmbito internacional, essa definição sofre de certa divergência. Com isso, nos Estados Unidos da América, há o termo *judicial review* que é a situação que a Corte Constitucional está restrita a declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Por outro lado, países que possuem uma Constituição, em sua maioria analítica, como Alemanha; Itália; Brasil; e Portugal possuem a chamada *jurisdição constitucional* que, nas palavras de Barroso, é um conceito mais abrangente que o anterior. (BARROSO, 2020). Nessa linha, ele explica que:

(...) inclui outros comportamentos dos tribunais, diferentes da pura invalidação de atos legislativos. Estas outras atuações alternativas dos tribunais podem incluir:

- (i) a aplicação direta da Constituição a determinadas situações, com atribuição de sentido a determinada cláusula constitucional;
- (ii) a interpretação conforme a Constituição, técnica que importa na exclusão de determinado sentido possível de uma norma, porque incompatível com a Constituição, e na afirmação de uma interpretação alternativa, esta sim em harmonia com o texto constitucional; e
- (iii) a criação temporária de normas para sanar hipóteses conhecidas como de inconstitucionalidade por omissão, que ocorrem quando determinada norma constitucional depende de regulamentação por lei, mas o Legislativo se queda inerte, deixando de editá-la. (BARROSO, 2020, p. 489).

Portanto, na jurisdição constitucional há uma maior liberalidade das Cortes Constitucionais na busca pela efetividade da Constituição Federal, sendo possível que seja aplicável diretamente a Constituição Federal a situação analogicamente parecida. Além disso, pode ser desempenhada a função de entender que determinada norma infraconstitucional não está de acordo com a Constituição Federal, pois sua redação não encontra respaldo e harmonia com a carta maior. (BARROSO, 2020). Por fim, em virtude do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário não pode obrigar que o Poder Legislativo exerça sua função de legislar, com isso, como medida

alternativa, poderá criar temporariamente uma norma ou utilizar outra para sanar determinada omissão. (BARROSO, 2020). Essa última situação, no Brasil, ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal foi acionado para se pronunciar sobre a ausência de legislação sobre homofobia e transfobia. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que há omissão legislativa e, então, decidiu enquadrar tais situação na atual legislação do racismo. (GONÇALVES, 2020).

Portanto, pode-se afirmar que quando o Supremo Tribunal Federal se pronuncia, no controle de constitucionalidade, no sentido que determinada norma é inconstitucional, ele está invalidando uma norma democrática. Nesse sentido, a norma criada pelo Legislativo possui embasamento popular, haja vista que aqueles que criam as leis são diretamente eleitos para aquela função. Da mesma forma, quando invalida um ato do Poder Executivo, ele está desempenhando um papel contramajoritário, já que o Poder Judiciário é o único que não há participação popular para o ingresso nos quadros da carreira. (BARROSO, 2020). Posto isso, Barroso expõe que:

Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. (BARROSO, 2020, p. 491).

Logo, na teoria do direito constitucional esse fenômeno foi apelidado como “dificuldade contramajoritário”. Ressalta-se que a possibilidade do Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade das normas, por meio de um papel contramajoritário está sendo universalmente aceito pelas Constituições dos países pelo globo, com base em dois fundamentos:

- a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e
- b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2020, p. 491).

Por conseguinte, os direitos fundamentais representam o mínimo ético de uma sociedade democrática e, por essa razão, a Suprema Corte possui o papel de resguardá-los, inclusive, acima da vontade majoritária dominante daquele momento histórico. (BARROSO, 2020). Todavia, esse fenômeno acaba por criar o denominado *efeito backlash* que é a reação majoritária contra uma decisão contramajoritário.

Assim, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar. Em decorrência disso, foi proposto o Projeto de Lei nº 6.583/2012, denominado como Estatuto da Família, de autoria do deputado Anderson Ferreira, do PR-PE. (NUNES JÚNIOR, 2019). Nesse Projeto de Lei, em seu artigo 2º, foi proposta a seguinte redação: “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável”. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 85).

A democracia contemporânea é demarcada por três situações: votos, razões e direitos. Assim, ocorre três dimensões da democracia: a representativa, a deliberativa e a constitucional. A democracia representativa decorre de um elemento essencial, isto é, o voto popular. Assim, esses votos são destinados aos integrantes do Poder Legislativo e da Chefia do Poder Executivo. (BARROSO, 2020). Por sua vez, a democracia deliberativa, é aquela que não se limita a existência de votos periódicos, mas também da existência da discussão de ideias, das razões, ou seja, que exista um debate público. Desta forma, Barroso declara que: “O protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns.”. (BARROSO, 2020, p. 493).

Finalmente, a democracia constitucional é aquela em que se assegura que os direitos fundamentais devem ser resguardados, inclusive, contrariando a vontade da maioria, por essa razão o protagonista da presente democracia é a Suprema Corte Constitucional, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2020). Com base no exposto, a democracia, âmbito contemporâneo, não se limita mais apenas ao voto, mas uma soma de fatores.

Ainda, na doutrina clássica o Poder Legislativo e o Poder Executivo era tido como sempre exercendo o papel majoritário e o Poder Judiciário sempre exercendo o poder contramajoritário, entretanto, com as mudanças sociais e constitucionais das sociedades modernas pode ser observada a perda da credibilidade da classe política, sendo certo que países em que não há obrigatoriedade do voto o número de abstenções é considerável. Além disso, em países com votação obrigatória os eleitores não se sentem representados por seus representantes. (BARROSO, 2020). Nessa linha, Barroso explica que: “O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e

demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais". (BARROSO, 2020, p. 494).

Com base nessas ponderações, passa-se a análise do Judiciário como modelo de superego da sociedade. Para tanto, inicia-se a presente análise à luz do surgimento do superego, isto é, na infância. Nesse sentido, Freud define que: "O superego da criança [...] passa então a ser construído [...] a partir do modelo do superego dos pais. A criança se transforma num 'portador da tradição' de valores temporais que vêm se reproduzindo através das gerações". (FREUD, 1968, p. 505 *apud* MAUS, 2000, p. 07).

Nesse sentido, Kant leciona que o homem deve se distanciar do modelo de infantilismo derivado do modelo paternal e se aproximar do conceito de moral universal, como modelo a ser seguido. Com isso, o paternalismo deve ser deixado de lado nas hipóteses de tomada de decisões política, bem como de modelo de consciência. Assim, com a aproximação da Moral ao Direito esse debate ganha maiores proporções no debate social. Desta forma, Maus assevera que:

A introdução de pontos de vista morais e de "valores" na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. (MAUS, 2000, p. 07).

Portanto, a Jurisprudência é baseada em valores morais que legitimam as decisões judiciais de qualquer tipo de crítica que é alçada contra si, pois está amparada pela própria moral universal. Contudo, com o Judiciário sendo o portador da moral se cria uma situação de incerteza, pois é dependente de decisões para se considerar uma conduta moral ou imoral. Logo, a liberdade individual resta comprometida por isso. Desta forma, Maus afirma que: "Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso". (MAUS, 2000, p. 08).

Essa transformação judicial acaba por incorporar conceitos legais expostos pelo Poder Legislativo, à medida que conceitos como "má-fé", "conduta censurável", "sem consciência", passam a compor os textos legais. Assim, condutas que contrariam a boa-fé estariam ferindo a própria lei. Essa situação acaba por gerar uma expectativa que a justiça sempre tomará a melhor decisão, a decisão mais moral possível e, então, seria ela competente por julgar as causas, pela expectativa e confiança popular.

Esse estigma acaba por gerar o infantilismo da sociedade, pois resta dependente das decisões judiciais para que determinado conflito seja resolvido. A fins de comparação, a briga entre dois irmãos será decidida pelos pais, o litígio entre duas partes acaba por aguardar a decisão jurisdicional, não havendo outro meio para tais litigantes. Ainda, a sociedade acaba por deixar a cargo da Suprema Corte questões que envolvam a cidadania, justiça social, meio ambiente, dentre outras. (MAUS, 2000). Maus detalha que:

Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como "Guardião da Constituição" do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo auto-referencial. Tal história fornece-lhe fundamentações que não necessitam mais ser justificadas, sendo somente descritas retrospectivamente dentro de cada sistema de referências. O tradicionalismo do Tribunal aparece de maneira mais clara ainda quando se refere à história social real. (MAUS, 2000, p. 10).

Por conseguinte, o Tribunal acaba por esquecer as questões hermenêutica que dão suporte as suas decisões e as questões históricas passam a ter protagonismo nos julgamentos, situação essa que se afasta, ao nosso ver, do ideal a ser seguido por uma Suprema Corte.

3.3 O CABIMENTO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PRISÃO APÓS A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA: EM AVALIAÇÃO, OS CRIMES DE PEQUENO, MÉDIO E COM ALTO POTENCIAL OFENSIVO

Dentre as definições de crime, segundo a doutrina de Cleber Masson, há as seguintes definições: crimes de mínimo potencial ofensivo; crimes de menor potencial ofensivo; crimes de médio potencial ofensivo; crimes de elevado potencial ofensivo; e crimes de máximo potencial ofensivo. (MASSON, 2019). Nesse sentido, define-se os crimes de mínimo potencial ofensivo como sendo aqueles que não é possível a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Desta forma, atualmente, no Brasil, há apenas o delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/03 que tipifica a posse de drogas para consumo pessoal. (MASSON, 2019). Dentre as penas para esse delito está:

advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006).

Os crimes de menor potencial ofensivo são aqueles que a pena em abstrato não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa e, também, todas as contravenções penais, nos exatos termos da redação legal do artigo 61 da Lei 9.099/95. Assim, por essas particularidades, tais delitos são julgados sob o rito sumaríssimo no Juizado Especial Criminal. Neste teor, por dedução lógica, os crimes de mínimo potencial ofensivo serão julgados pelo Juizado Especial Criminal também. (BRASIL, 1995).

Por sua vez, os crimes de médio potencial ofensivo não são definidos pela sua pena máxima em abstrato, mas sim pela sua pena mínima em abstrato, sendo considerado aqueles delitos que a pena mínima não seja superior a um ano. Logo, os delitos de médio potencial ofensivo admitem a propositura de suspensão condicional do processo, nos exatos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95. (MASSON, 2019).

Na sequência, os crimes de elevado potencial ofensivo são aqueles que a pena mínima é superior a um ano, logo a pena mínima será, pelo menos, dois anos e a pena máxima deverá ser superior a dois anos também. Assim, para se enquadrar com um crime de elevado potencial ofensivo é necessário que este não preencha nenhum benefício previsto na Lei 9.099/95. (MASSON, 2019). Por fim, Cleber Masson define os crimes de máximo potencial ofensivo:

(...) classificam-se como crimes de máximo potencial ofensivo os que recebem tratamento diferenciado pela Constituição Federal. São os hediondos e equiparados – tráfico de drogas, tortura e o terrorismo (CF, art. 5.º, XLIII), bem como os delitos cujas penas não se submetem à prescrição, quais sejam, racismo (CF, art. 5.º, XLII) e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5.º, XLIV). (MASSON, 2019, p. 343).

Portanto, tais crimes de máximo potencial ofensivo são aqueles que a Constituição Federal decidiu por elenca-los como nocivos a ordem constitucional. Nessa mesma esteira de pensamento, tem-se os crimes sem violência ou grave ameaça a pessoa que, em regra, possuem penas mais brandas, quanto aos delitos que possuem violência ou grave ameaça. Nesse sentido, destaca-se alguns delitos do Código Penal a saber: artigo 155 (furto); artigo 138 (calúnia); artigo 139 (difamação); artigo 140 (injúria); artigo 150 (violação de domicílio); artigo 151 (violação

de correspondência); artigo 152 (correspondência comercial); artigo 153 (divulgação de segredo); artigo 154 (violação do segredo profissional); artigo 154-A (invasão de dispositivo informático); artigo 156 (furto de coisa comum), dentre outros. (BRASIL, 1940). A maior parte dos presentes delitos se amolda à definição de crime de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, os crimes com violência ou grave ameaça contra a pessoa, em sua maioria, possuem penas elevadas comparadas aos delitos anteriores. Nesse sentido exemplifica-se o artigo 121 (homicídio simples) pena de seis a vinte anos; artigo 121, §2º (homicídio qualificado) pena de doze a trinta anos; artigo 157 (roubo) pena de quatro a dez anos; artigo 157, §3º, inciso II (latrocínio) pena de 20 a 30 anos, dentre outros. Por essa razão, os crimes com violência ou grave ameaça melhor se adequam aos crimes de elevado e máximo potencial ofensivo. Contudo, há crimes que apresentam violência, como, por exemplo a lesão corporal leve e culposa (artigo 129, *caput*, e §6º do Código Penal), e são crimes de menor potencial ofensivo, sendo cabível a aplicação de medidas como a transação pena; suspensão condicional do processo; substituição por pena privativa restritiva de direitos (artigo 44 do CP). (BRASIL, 1940).

Na mesma linha, o artigo 147 do Código Penal assegura a conduta de ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave e a pena é de um a seis meses, portanto, um crime de menor potencial ofensivo, mesmo possuindo grave ameaça. Além disso, o crime de constrangimento ilegal (artigo 146 do CP) prevê pena de três meses a um ano para aqueles que constrangem (obrigam) alguém, mediante violência ou grave ameaça a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. (BRASIL, 1940). Com base no exposto, a grande massa dos delitos sem violência ou grave ameaça são de menor potencial ofensivo, por outro lado, há diversos delitos que preveem violência ou grave ameaça e não são de elevado ou máximo potencial ofensivo, como anteriormente listado. Feitas as considerações, destaca-se o teor do artigo 44 do Código Penal:

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.

(...)

§ 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.

(...). (BRASIL, 1998).

O presente artigo dispõe de um caráter impositivo de quando as penas privativas de liberdade serão substituídas, sendo os requisitos cumulativos, isto é, é necessário o preenchimento de todos. Assim, o primeiro requisito é que a pena privativa de liberdade não pode ser superior a quatro anos, logo pode ser cabível a qualquer hipótese de crime, pois é a pena concreta aplicável na sentença, e não a pena em abstrato. No entanto, o crime não poderá ter sido cometido com violência contra a pessoa e, em caso de crimes culposos, poderá ser qualquer pena aplicada. Nessa linha de pensamento, observa-se que a maior parte dos delitos que não possuem violência ou grave ameaça em seu tipo legal, suas penas, em maioria, não serão superior a quatro anos na sentença condenatória. (BRASIL, 1998). Sobre essa possibilidade de substituição de pena, Prado crítica que:

Com efeito, há manifesto exagero do legislador ao ampliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, sobretudo por fazer referência à pena aplicada – e, portanto, à pena concreta –, e não à pena cominada, em excessivo realce das exigências de prevenção especial. (PRADO, 2019, p. 1328).

Além disso, é preciso que o réu não seja reincidente em crime doloso, por essa razão a reincidência em crime culposo ou contravenção penal não impede a concessão da substituição, ainda, apenas a reincidência específica, isto é, pelo mesmo crime que opera restrição absoluta de concessão, enquanto a reincidência não específica poderá operar a substituição, desde que a medida seja socialmente recomendável, nos exatos termos do artigo 44, §3º, do CP. Por fim, o último requisito prevê um requisito subjetivo, isto é, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que a substituição será suficiente para a reprovação da prática delituosa.

Logo, é necessário que o órgão jurisdicional realize uma análise pessoal do agente e não somente do fato. (BRASIL, 1998).

Nesse cenário, é imperioso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em 2017, no julgamento do Habeas Corpus nº 118.770, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou a tese que o princípio da presunção de inocência deve ser compreendido como um princípio, não como uma regra e, logo, deve ser ponderado com os demais princípios constitucionais. Assim, no caso do Tribunal do Júri, este é alvo de regulamentação expressa constitucional sobre a soberania do Júri, sendo que o Tribunal não poderá substituir a decisão dos jurados sobre a apreciação dos fatos e as provas do processo. (CUNHA, 2020).

Desta maneira, o conceito de execução provisória da pena após condenação em segunda instância se baseia no fato que os recursos extraordinário e especial não detêm efeito suspensivo e não haverá uma reanálise de mérito, apenas de direito. O mesmo fundamento não é o que impera no âmbito do Júri, pois a partir da condenação em primeira instância já haverá preclusão da análise de fatos e provas. (CUNHA, 2020). Entendimento esse que foi adotado pelo legislador infraconstitucional no momento da elaboração do Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019.

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

(...).

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, **no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão**, determinará a **execução provisória das penas**, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

(...). (BRASIL, 2019).

Pelo exposto, por critérios de política criminal, foi fixado o quantum mínimo de 15 (quinze) anos para que haja o cumprimento provisório da pena. Nesse ínterim, o crime de homicídio é regido por violência contra a pessoa e é necessariamente um crime de alto ou elevado potencial ofensivo, não é cabível a substituição da pena por restritivas de direitos e, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, conforme disposição do Código Penal. (BRASIL, 2019).

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o presente trabalho buscou analisar o princípio da presunção de inocência e seus aspectos constitucionais e penais e seus respectivos limites e examinar a prisão-pena como figura final do princípio da presunção de inocência. Com base nisso, pode-se afirmar que o objetivo de ser feita uma análise do princípio da presunção de inocência obteve êxito quanto a suas particularidades nacionais e internacionais e sua origem histórico, bem como correlação com demais princípios constitucionais e penais.

Além disso, a prisão-pena foi alvo de análise no primeiro capítulo do trabalho e suas particularidades e origens foram exaustivamente detalhadas e expostas acerca de sua aplicabilidade na Idade Antiga; Idade Média; Idade Moderna; e Idade Contemporânea. Sua importância restou derivada pelo visto que a prisão-pena não se equipara à figura da prisão cautelar, já que quando o indivíduo é preso cautelarmente (preventivamente ou temporariamente) a decisão é lastreada com base nos fundamentos elencados pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Logo, enquanto a prisão-pena é baseada em juízo de culpa e a pena é provisoriamente executada, independente da necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, ou por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, caso haja prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e ocorra perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Com base em todo o arcabouço teórico analisado, a possibilidade da execução provisória da pena após a prisão em segunda instância é uma temática global que assola as interpretações constitucionais e penais nas últimas décadas. Por essa razão, certo é que a interpretação de 1988 a 2008 era no sentido da possibilidade da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Por sua vez, de 2009 ao início de 2016 essa possibilidade restou vedada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois a literalidade constitucional era clara no sentido de ser vedado. Contudo, a partir do segundo semestre de 2016, até o segundo semestre de 2019, o Supremo Tribunal retornou ao entendimento anterior a de 2009. Contudo, na atualidade, o Supremo Tribunal Federal retornou ao entendimento de 2009 no sentido de ser impossível a execução provisória da pena.

A fim de aprofundar no contexto histórico por trás dos argumentos aduzidos no julgamento do Supremo Tribunal Federal foi perceptível que a prisão-pena não foi aplicada nos períodos históricos da Idade Antiga e Idade Moderna em que a sociedade era marcada por penas-capitais (morte) e penas corporais, a prisão apresentava um papel de acautelamento provisório do preso a fim de que cumprisse futura pena. Por sua vez, na Idade Média há um maior movimento punitivista ocorrendo um fenômeno de presunção de culpabilidade, isto é, o acusado que tinha que provar sua inocência. As evoluções surgem, principalmente, com os ensinamentos de Beccaria que sugere uma nova forma de pensar o Direito Penal. Assim, com a ascensão do capitalismo e a visão da mão de obra barata dos prisioneiros, os primeiros sistemas penitenciários foram criados. Após toda a compreensão acerca do surgimento da prisão-pena, foi possível evidenciar a correlação histórica do princípio da presunção de inocência nos Tratados e Declarações de Direitos Humanos, visto que o princípio da presunção de inocência se apresentou como um direito humano de primeira dimensão (geração) já que seu conteúdo essencial é evitar o abuso de direito decorrente do arbítrio do Estado.

Feita toda a análise histórica do princípio da presunção de inocência, entra-se nas análises dos julgamentos, notou-se que os argumentos favoráveis à vedação à execução antecipada da pena após condenação em segunda instância se baseiam na literalidade exposta pela Constituição Federal, bem como que a liberdade da pessoa não poderia ser restituída. Por outro lado, os Ministros que defendem a possibilidade da execução antecipada da pena se baseiam na legislação internacional de países desenvolvidos, além de dados e estatísticas sociais, além da qualidade retributiva da pena, bem como ao respeito pelas instâncias ordinárias (primeiro e segundo grau de jurisdição), além de que os recursos de natureza extraordinária e especial não possuem efeito suspensivo.

Assim, ao que parece, é imperioso que o princípio da presunção de inocência seja balizado frente aos demais princípios institucionais, além dos fundamentos que a pena possui, dentre eles, o caráter retributivo. Logo, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado com um caráter relativo, e não absoluto. Desta forma, o Brasil adota um modelo que a prisão antes do trânsito em julgado é possível, visto que está presente as prisões preventivas e temporárias. Portanto, após a demonstração de culpa pela análise exaustivas dos fatos, torna-se necessária que o réu cumpra a pena imposta e não se furte do cumprimento de pena.

Por fim, no momento de análise acerca da possibilidade da execução provisória da pena em crimes de menor, médio e alto potencial ofensivo foi feita a definição doutrinária desses crimes e sua adequação legislativa, restando claro que as penas privativas de liberdade, em sua maioria, atentam contra os crimes de alto potencial ofensivo, logo, o debate acerca de crimes de menor e médio potencial não alcança maiores patamares, haja vista que a pena, em sua maioria, é substituída por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal. Em consonância, os crimes com violência e grave ameaça devem ser analisados conjuntamente ao conceito anterior exposto. Contudo, os crimes com violência e grave ameaça, em sua maioria, são crimes de alto potencial ofensivo, logo alvo da análise da execução provisória da pena.

Como exemplificação disso, o Supremo Tribunal Federal, em 2017, decidiu pela soberania do Tribunal Júri, bem como que a apelação não possui efeito suspensivo. Nessa linha, o Pacote Anticrime, em 2019, definiu que em caso de condenação com quantum de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos importará na execução imediata da pena, por razões de política criminal e análise conjunta do princípio da presunção de inocência, bem como da instituição do júri e a soberania dos votos, também de índole constitucional.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Bruno. **Histórias do Direito**: evolução das leis, fatos e pensamentos. 3. ed. São Paulo: Kindle, 2019.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDF, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 1º set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973**. Altera os artigos 408, 474, 594 e 596, do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm>. Acesso em 19 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art3>. Acesso em 19 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora LUMEN Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral (arts. 1º ao 120). 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei nº. 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DHNET. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em 08 out. 2020.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - junho de 2016**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-levantamento.pdf>>. Acesso em 1º set. 2020.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - dezembro de 2015**. Disponível em <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2015_dezembro.pdf>. Acesso em 1º set. 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. RAMALHETE, Raquel (trad.). Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito: Teoria Geral do Direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GONÇALVES, Antonio Baptista. STF e a criminalização da homofobia. *In: Migalhas*, portal eletrônico de informações, 2020. Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>>. Acesso em 31 out. 2020.

GOOGLE. **População** 1990 - 2016. Disponível em <https://www.google.com/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&met_y=sp_pop_totl&idim=country:BRA:RUS&hl=pt&dl=pt#!ctype=l&strail=false&bcs=d&nselm=h&met_y=sp_pop_totl&scale_y=lin&ind_y=false&rdim=world&idim=country:BRA&ifdim=world&hl=pt&dl=pt&ind=false>. Acesso em 1º set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 19. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2017.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. [S.l.]: Zahar Editores, 1981. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=420029>>. Acesso em 29 set. 2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal I: Parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: v. único. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACDONALD, Fiona. **Como seria sua vida na Idade Média?** São Paulo: Editora Scipione, 1999.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. MALUFE NETO, Miguel Alfredo (atual.). 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Ética: de Platão a Foucault**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120)**. vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. LIMA, Martonio Lima; ALBUQUERQUE, Paulo

(trad.). Disponível em <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em 02 nov. 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal: Resumo do Voto, *In: Conjur*, portal eletrônico de informações, s.d.. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-mendes1.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MERCIER, Desidério José. **A Mortificação Cristã**. Disponível em <<http://www.adapostolica.org/wp-content/uploads/2014/03/Mercier-A-mortificac%C3%A7%C3%A3o-crista%CC%83.pdf>>. Acesso em 29 set. 2020.

MIGALHAS. **STF volta a proibir prisão em 2ª instância; placar foi 6 a 5**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/314723/stf-volta-a-proibir-prisao-em-2-instancia-placar-foi-6-a-5>>. Acesso em 02 nov. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NOGUEIRA, André. Julgamentos de Nuremberg, o Tribunal que enforcou nazistas. *In: Aventuras na História*, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/julgamentos-de-nuremberg-o-tribunal-que-enforcou-nazistas.phtml>>. Acesso em 16 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de. A dignidade da pessoa humana e o princípio da presunção de inocência penal. *In: PINTO, Felipe Martins (org.). Presunção de Inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau*. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PAULINO, Galtieni da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência**. Disponível em <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/a-execucao-provisoria-da-pena-e-o-principio-da-presuncao-de->

inocencia/at_download/file#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20provis%C3%B3ria%20de%20ac%C3%B3rd%C3%A3o,inciso%20LVII%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>. Acesso em 19 out. 2020.

PINKER, Steven. **O novo Iluminismo**: em defesa da razão, da ciência e do humanismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 16 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICARDO, Paulo. **A Igreja ainda aprova o uso do cilício?** Disponível em <<https://padrepauloricardo.org/episodios/a-igreja-ainda-aprova-o-uso-do-cilicio>>. Acesso em 29 set. 2020.

SABOURIN, Eric. Teoria da reciprocidade e sócio-antropologia do desenvolvimento. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 24-51, ago. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222011000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 set. 2020.

SILVA, Maria Carolina Scudeler. **O Tribunal do Santo Ofício e a busca pela uniformidade da fé**. Disponível em <<http://www3.ufrb.edu.br/simposioinquisicao/wp-content/uploads/2012/01/Maria-Carolina-Scudeler.pdf>>. Acesso em 26 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic2.pdf?d=636675533238095643>>. Acesso em 16 out. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUPREMO Tribunal Federal (STF). **ADC 43 MC/DF - Distrito Federal**. Relator: Marco Aurélio, DJ: 05/10/2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em 02 nov. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus (HC) 84.078-7 - Minas Gerais (MG)**. Tribunal Pleno. Relator: Ministros Eros Grau. DJ: 05/02/2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em 28 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Habeas Corpus 101.909 Minas Gerais**. Relator: Min. Ayres Britto. Segunda Turma. DJ: 28/02/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=219315>>. Acesso em 18 out. 2020.

TAVARES, André Ramos **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Universidade de São Paulo (USP). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em 16 out. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. organizador. 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.