

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA EM PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARTA REGINA JAHNEL

Itajaí-SC, setembro de 2020

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA PENA EM PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MARTA REGINA JAHNEL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária) da Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal) e ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Aírto Chaves Júnior

Co-orientador: Professor Doutor Mário João Ferreira Monte

Itajaí-SC, setembro de 2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me concedido saúde e inteligência necessárias para me enveredar neste instigante mundo acadêmico.

Agradeço ao meu pai Dario Ari Jahnel, pelo exemplo e inspiração, e também a sua esposa, Linete Regina Oberderfer, pelo incentivo e torcida em mais esta jornada de conhecimento.

Agradeço à minha mãe, Salete Giusti Jahnel, *in memorian*, pelo exemplo, incentivo e ensinamentos repassados durante os especiais quase 18 anos que a vida me apresentou conviver com ela.

Agradeço ao meu noivo, Luís Gabriel Matheus de Sousa, por todo amor, carinho, incentivo e compreensão durante esta etapa tão especial, e também por dar um sentido especial para a minha vida.

Agradeço aos Coordenadores e Professores da Univali e da Uminho, em especial ao Doutor Clóvis Demarchi e aos professores e orientadores Doutores Airto Chaves Júnior e Mário João Ferreira Monte, pela acolhida no mestrado, orientação e incentivo durante esse período de estudos e pesquisa.

Aos colegas de trabalho da Circunscrição de Videira, pela compreensão da importância do Mestrado em minha vida pessoal e profissional e com os quais pude contar nos períodos em que precisei me ausentar, bem como ao corpo funcional da Vara Criminal, em particular à equipe do gabinete, pelo cuidado e zelo com o trabalho, o que possibilitou que eu pudesse, em determinados momentos, focar nos estudos e na construção da presente pesquisa.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de forma geral e impessoal, pelo incentivo e investimento no aperfeiçoamento funcional e acadêmico de seus membros, objetivando a melhoria dos serviços públicos prestados à sociedade.

DEDICATÓRIA

Ao meu noivo, por crescer em minha vida e comigo seguir nesta viagem em busca da realização dos nossos sonhos. Tudo faz sentido com você.

Ao meu pai, pelo exemplo de vida, força e fé. Sua presença ao meu lado é muito importante.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, setembro de 2020.

Marta Regina Jahnel

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 11/11/2020, às 11 horas, a mestranda **MARTA REGINA JAHNEL** fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título **“A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”**.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como presidente, o Doutor Mário João Ferreira Monte (UNIVERSIDADE DO MINHO/UMINHO – PORTUGAL) como orientador, o Doutor Airto Chaves Júnior (UNIVALI) como orientador e a Doutora Ana Raquel Conceição (UNIVERSIDADE DO MINHO/UMINHO – PORTUGAL) como membro. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 11 de novembro de 2020.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EUA	Estados Unidos da América
ONU	Organização das Nações Unidas
TCI	Tribunal Constitucional Italiano

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	12
INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1.....	18
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.1 ORIGEM: CONCEITOS E ASPECTOS HISTÓRICOS.....	18
1.1.1 Conceito	18
1.1.2 Aspectos históricos.....	22
1.2 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
1.2.1 Dimensões de Direito Fundamental.....	32
1.3 FORMAS DE TRATAMENTO E MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
1.3.1 Regras e Princípios	43
1.3.2 Colisão de princípios e conflito de regras.....	50
1.3.3 A máxima da proporcionalidade.....	55
1.4 A ESFERA DO NÃO-DECIDÍVEL	56
CAPITULO 2.....	70
O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	70
2.1 ORIGEM E ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	70
2.2 SENTIDOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO ESTRANGEIRO	90
2.2.1 O princípio da presunção de inocência na Argentina	94
2.2.2 O princípio da presunção de inocência no Chile	98
2.2.3 O princípio da presunção de inocência na Itália.....	102
2.2.4 O princípio da presunção de inocência na Espanha	107
2.2.5 O princípio da presunção de inocência em Portugal	110

2.2.5.1 A categoria trânsito em julgado e o sistema recursal português	118
2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL	121
2.3.1 Aspectos históricos e implicações de âmbito constitucional	122
2.3.2 O princípio da presunção de inocência no sistema processual penal	126
2.3.2.1 A categoria trânsito em julgado e o sistema recursal penal brasileiro	136
CAPÍTULO 3	142
PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA NO BRASIL: DOS FINS PROCESSUALMENTE DEMARCADOS AOS FINS MATERIAIS DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE	142
3.1 AS ESPÉCIES DE PRISÕES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	142
3.1.1 A prisão cautelar: aspectos teóricos e finalidades.....	143
3.1.2 A prisão em flagrante delito.....	152
3.1.3 A prisão temporária.....	154
3.1.4 A prisão preventiva.....	155
3.2 A PRISÃO PENA: ASPECTOS TEÓRICOS, FUNÇÕES E FINALIDADES	170
3.2.1 Teorias absolutas ou retribucionistas (em Kant e em Hegel)	172
3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitaristas.....	175
3.2.2.1 Prevenção geral (positiva e negativa)	176
3.2.2.2 Prevenção especial (positiva e negativa)	178
3.2.3 Teorias mistas ou unificadoras da pena.....	180
3.2.4 Teorias da prevenção geral positiva: fundamentadora e limitadora.....	183
3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora.....	183
3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora	184
3.2.5 Teoria unificadora dialética da pena	186
3.2.6 Teoria Agnóstica da pena	189
3.2.7 A questão dos limites da punibilidade a partir da tipicidade.....	192
3.2.8 Considerações sobre a prisão pena	193

CAPÍTULO 4.....	195
O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	195
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PREVISTO NO ART. 5º, LVII, DA CRFB/88 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	195
4.2 A NATUREZA DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO NORMA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL: NORMA-PRINCÍPIO OU NORMA-REGRA	200
4.3 CONTEÚDO E FORMA DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO	206
4.4 A PRISÃO DECORRENTE DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DAS ESPÉCIES PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA	215
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	224
 REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	233

RESUMO

A presente Dissertação tem como tema a Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena em Processo Penal: uma análise a partir dos Direitos Fundamentais. Está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, e é resultado das pesquisas realizadas no curso de Mestrado do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e no curso de Mestrado da Escola de Direito da Universidade do Minho, como produto do convênio de dupla titulação entre essas universidades. Utiliza-se o método indutivo para a elaboração do presente estudo. O objetivo primordial é verificar, à luz dos direitos fundamentais, se há compatibilidade jurídica da execução provisória da pena em processo penal, após a condenação em segundo grau de jurisdição, frente ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizando como paradigma o direito estrangeiro, especialmente o ordenamento jurídico português. Inicialmente, apresenta-se um aprofundado estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais, conceitos, aspectos históricos, sua construção e classificação, com enfoque na investigação sobre a materialização desses direitos, à luz da teoria de Alexy, e consequente distinção entre norma-regra e norma-princípio, percorrendo, ainda, suas implicações sob a ótica da esfera do não-decidível. Após, aprofunda-se a investigação sobre o princípio da presunção de inocência, sua origem, evolução histórica e os sentidos que assume no direito estrangeiro, fazendo-se breve análise a partir dos ordenamentos jurídicos da Argentina, Chile, Itália e Espanha, com especial enfoque no ordenamento jurídico de Portugal, para, ao final, perscrutar seu estudo no ordenamento jurídico brasileiro e o significado que assume o termo trânsito em julgado. Na sequência, dedica-se especial atenção à investigação das prisões no direito brasileiro, iniciando-se com a análise do conteúdo, forma e finalidades das prisões cautelares, e, após, também da prisão pena, com enfoque nas teorias da pena e os fins materiais de restrição de liberdade que estas apresentam, para então, compreender a distinção entre ambas. Por fim, a partir dos estudos realizados, faz-se o exame acerca da compatibilidade jurídica da garantia da presunção de inocência e da execução provisória da pena em processo penal após a condenação em segundo grau de jurisdição, concluindo-se pela violação da norma inserida no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Presunção de Inocência; Prisão Cautelar; Prisão Pena.

ABSTRACT

The theme of this dissertation is the Presumption of Innocence and the Provisional Execution of the Sentence in Criminal Proceedings: an analysis based on Fundamental Rights. It is part of the Line of Research Law and Jurisdiction, within the area of concentration Fundamentals of Positive Law, and is the result of research carried out for the Master's program of the *Stricto Sensu* Graduate Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí and the Master's Degree course of the University of Minho Law School, a product of the dual title agreement between the two universities. The inductive method was used for this study. The main objective was to investigate, in light of fundamental rights, whether there is legal compatibility of the provisional execution of the sentence in criminal proceedings after the conviction in the second degree of jurisdiction, in view of the principle of presumption of innocence provided for in art. 5, LVII of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. Foreign law is used as a paradigm, especially the Portuguese legal system. Initially, an in-depth study is presented on the theory of fundamental rights, its concepts, historical aspects, construction and classification, focusing specifically on the materialization of these rights in light of Alexy's theory, and the consequent distinction between norm-rule and norm-principle. Its implications are also addressed from the perspective of the undecidable sphere. The focus then turns to the principle of presumption of innocence, its origin, and historical evolution, and the meanings it assumes in foreign law. A brief analysis is made of the legal systems of Argentina, Chile, Italy, Spain and Portugal, with special focus on the latter, before examining the Brazilian legal system and the meaning of the term transit in *res judicata*. Subsequently, imprisonment in Brazilian law is investigated, starting with an analysis of the content, form and purposes of preventive custody, before going on to analyze imprisonment sentences, focusing on theories of punishment and the material ends of restriction of freedom presented by each, and seeking to understand the distinction between them. Finally, based on the analyses, the legal compatibility of the guarantee of presumption of innocence and the provisional execution of the sentence in criminal proceedings after the conviction in the second degree of jurisdiction are examined, concluding with the violation of the rule inserted in art. 5, LVII, of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Fundamental Rights; Presumption of Innocence; Preventive Custody; Penalty Sentence.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali, na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, e pelo Curso de Mestrado da Escola de Direito da Universidade do Minho (Braga-PT), como produto do convênio de dupla titulação entre as duas Universidades.

O seu tema é a Presunção de Inocência e a Execução Provisória da Pena em Processo Penal: uma análise a partir dos Direitos Fundamentais, cuja investigação justifica-se na medida em que doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição de 1988, vem assumindo posicionamentos antagônicos ao analisarem a matéria.

A problemática gira, historicamente, em torno da interpretação e alcance conferidos à norma prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, enquanto direito fundamental da presunção de inocência, frente às demais normas constitucionais e infraconstitucionais, debatendo-se sobre a possibilidade, ou não, de restrição do princípio da presunção de inocência - cuja cessação da garantia, na Constituição da República Federativa do Brasil, está condicionada ao trânsito em julgamento da decisão condenatória -, para se permitir, após o julgamento proferido em segundo grau de jurisdição, a imediata e automática execução da pena privativa de liberdade, de forma provisória.

O objetivo científico é verificar, à luz da teoria dos direitos fundamentais, se há compatibilidade jurídica da execução provisória da pena em processo penal, após a condenação em segundo grau de jurisdição, frente ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizando como paradigma o direito estrangeiro, especialmente o ordenamento jurídico português.

Desse modo, a formulação do problema de pesquisa consubstancia-se, em suma, na seguinte indagação: A execução provisória da pena em processo penal, após a condenação em segundo grau de jurisdição, é compatível, à luz da teoria dos direitos fundamentais, com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º,

inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil?

Para a pesquisa, nesse viés, partiu-se da premissa inicial de que o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto direito fundamental e de acordo com a teoria normativa de Robert Alexy¹, possui a natureza jurídica de norma-princípio, e, nesse viés, sua aplicação realiza-se sob essa ótica, podendo ser ponderado e sofrer restrição (limitação) em face de outros direitos fundamentais.

Apoiou-se na premissa de que a estrutura do ordenamento jurídico no Processo Penal Brasileiro impede que cesse em absoluto a presunção de inocência em favor do acusado, mesmo quando proferida condenação em segundo grau de jurisdição, o que difere consideravelmente do ordenamento jurídico estrangeiro, notadamente do direito português.

Levantou-se, nesse viés, a seguinte hipótese: a execução provisória da pena privativa de liberdade como efeito automático da condenação em segundo grau de jurisdição, no ordenamento jurídico brasileiro, é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, tal como ocorre no direito estrangeiro, notadamente no ordenamento jurídico português.

A pesquisa teve início no segundo semestre do ano de 2018, no qual realizou-se o levantamento das referências, leituras e fichamentos ne obras relativas ao ordenamento jurídico português, período em que a autora/mestranda esteve estudando e frequentando aulas presenciais na Universidade do Minho, em Braga-Portugal.

Seguiu-se durante o ano de 2019, durante o primeiro e segundo semestres, com o levantamento bibliográfico e leituras, além de fichamentos, sobretudo de obras nacionais, disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, período que coincidiu com a frequência às aulas na Universidade do Vale do Vale do Itajaí, em Itajaí, Estado de Santa Catarina (BR).

No início do primeiro semestre do ano de 2020 iniciou-se a redação do

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012.

primeiro capítulo, seguindo-se com a leitura de obras e fichamentos para a confecção deste. Seguiu-se com a construção do segundo capítulo, também com a leitura e fichamentos de obras, especialmente de autores estrangeiros.

Por fim, no início do mês de julho deste ano, com a finalização dos dois primeiros capítulos, adentrou-se na construção dos terceiros e quarto, realizando-se também o tratamento dos dados levantados e a redação final, o que ocorreu no final do mês de agosto de 2020.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, conforme segue.

No primeiro capítulo será realizado um aprofundado estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais, seus conceitos, evolução e aspectos históricos, com enfoque na investigação sobre a materialização desses direitos, à luz da teoria normativa de Robert Alexy. Investigar-se-á, ainda, a distinção e características das espécies normativas norma-regra e norma-princípio, percorrendo, ainda, as implicações dos direitos fundamentais sob a ótica da esfera do não-decidível.

Na sequência, no Capítulo 2 será aprofundada a investigação sobre a garantia da presunção de inocência, sua origem e evolução histórica, e os sentidos que assume no direito estrangeiro. Adentrar-se-á na normatização desse princípio nos ordenamentos jurídicos argentino, chileno, italiano e espanhol, para então, de forma mais esquadrihada, compreender esse princípio e sua aplicação sob a ótica do ordenamento jurídico de Portugal. Realizar-se-á uma análise do princípio na forma constitucionalmente assegurada no direito brasileiro e suas implicações no âmbito do direito processual penal interno, com especial atenção para a compreensão e implicações decorrentes do termo final nele previsto, qual seja, o trânsito em julgado.

No Capítulo 3 examinar-se-á as modalidades de prisões no ordenamento jurídico brasileiro e as distinções entre ambas. Far-se-á o estudo da prisão cautelar, seu conteúdo, finalidades e espécies, com especial enfoque à prisão preventiva - principal modalidade de prisão processual no direito brasileiro. Seguir-se-á com a análise da prisão pena, mediante a compreensão das teorias que a justificam, suas finalidades e limites materiais de restrição de liberdade, fazendo-se breves considerações finais sobre a prisão pena no ordenamento jurídico do Brasil.

Por derradeiro, no Capítulo 4, refletir-se-á, a partir dos estudos realizados nos capítulos anteriores, sobre a compatibilidade jurídica, ou não, da garantia da presunção de inocência e da execução provisória da pena na ordem jurídica interna brasileira. Para tanto, verificar-se-á as implicações do direito fundamental à presunção de inocência à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisar-se-á a natureza da garantia fundamental da presunção de inocência, inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de acordo com a teoria normativa de Alexy – de norma-regra ou norma-princípio –, examinar-se-á o conteúdo e forma que essa garantia assume no ordenamento processual penal brasileiro à luz do direito estrangeiro, explorando-se, ao final, a natureza que assume a prisão decorrente da condenação em segunda instância à luz das espécies prisão cautelar e prisão pena.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a análise da presunção de inocência e da execução provisória da pena em processo penal a partir dos direitos fundamentais.

O método a ser utilizado na fase de Investigação será o Método Indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados será o Método Cartesiano; além de serem empregadas as Técnicas da Categoria, do Referente e da Pesquisa Bibliográfica, esta última relativa tanto a obras nacionais quanto estrangeiras, a fim de reunir o aprendizado recebido aqui e em Portugal².

Nesta Dissertação as Categorias principais estão grafadas, na primeira vez em que são citadas no texto, com a letra inicial em maiúscula, e os seus Conceitos Operacionais são apresentados no decorrer do texto ou em nota de rodapé quando mencionadas pela primeira vez³.

² Sobre Métodos e Técnicas vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 89-115.

³ Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 31-60.

CAPÍTULO 1

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo da teoria dos Direitos Fundamentais⁴⁻⁵⁻⁶ exige, além da conceituação desses direitos, a compreensão de sua construção histórica e evolução, com enfoque em sua classificação e modo de materialização. Mostra-se necessário, nesse viés, também o aprofundamento da teoria normativa de Alexy, visando a compreensão das espécies normativas, regras e princípios, para então compreender o âmbito e o significado de suas implicações sob a ótica da esfera do não-decidível em matéria de direitos fundamentais.

1.1 ORIGEM: CONCEITOS E ASPECTOS HISTÓRICOS

Passa-se, de início, à compreensão da conceituação que assumem os direitos fundamentais e a evolução do processo histórico que resultou na positivação desses direitos.

1.1.1 Conceito

Conforme elucida Sarlet⁷, não há consenso na esfera conceitual e terminológica dos direitos fundamentais, e, nesse viés, diante da heterogeneidade e ambiguidade desses direitos, bem como da diversidade de expressões encontradas no texto constitucional de 1988⁸, o referido autor busca a adoção de um critério unificador essencialmente didático.

⁴ Nessa dissertação o conceito operacional das categorias será mencionado, tão logo eles apareçam, ao longo do texto ou em nota de rodapé.

⁵ “[...] são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27)).

⁶ Para a categoria Direitos Fundamentais, o conceito operacional adotado é a definição apresentada a partir do autor Ingo Sarlet, no Capítulo 1, item 1.1.1.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27.

⁸ Expressões como “a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, § 1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, inc. IV)” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27).

Ferrajoli⁹, por sua vez, explica que no léxico político e jurídico acumulou-se uma variedade de expressões que buscam definir os direitos fundamentais, cujas denominações distinguem-se de acordo com a disciplina ou doutrina jurídica que a conceitua. Refere que para a doutrina constitucinalista, são os denominados direitos constitucionais ou públicos; no âmbito da doutrina civilista, são os direitos personalíssimos ou de personalidade; para o direito internacional, os denominados direitos humanos; para as teorias jusnaturalistas do direito e as teorias da justiça, são os chamados direitos naturais, morais ou invioláveis; segundo a literatura sociológica e política, são os direitos de cidadania, direitos civis, direitos políticos e sociais, e, por fim, para a teoria do direito e na filosofia política, são denominados de direitos fundamentais.

Nesse viés, na busca pela distinção entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” – sem negar, contudo, a íntima relação existente entre essas categorias -, Sarlet¹⁰ refere que a primeira pode ser compreendida como os direitos naturais do homem, ainda não positivados. A segunda, “direitos humanos” (ou “direitos humanos fundamentais”¹¹), é compreendida como os direitos positivados na esfera internacional, e, por fim, a terceira, denominada “direitos fundamentais”, compreende os direitos reconhecidos ou outorgados na esfera interna de cada Estado¹².

Explica o autor que, embora a maioria dos textos constitucionais do segundo pós-guerra tenham sido inspirados na Declaração Universal de 1948, não se observa uma necessária identidade entre tais direitos, de modo que, somente raras vezes, os textos constitucionais internos do Estado preveem catálogo de direitos fundamentais aquém, ou além, dos documentos internacionais. Nesse viés foi promulgada a Constituição Federal de 1988, cujo rol dos direitos humanos contempla além do nível internacional¹³.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007. p. 684-685.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 27.

¹¹ Expressão mencionada na p. 33.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 30.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 32-33.

Canotilho também refere que embora as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” sejam, em alguns contextos, utilizadas como sinônimos, tecnicamente apresentam distinções. Refere que os primeiros são os direitos considerados válidos para todos os povos e em todos os tempos, e, por isso com caráter inviolável, intemporal e universal, enquanto “direitos fundamentais” são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e temporalmente, daí porque são considerados os direitos objetivamente vigentes em determinada ordem jurídica concreta¹⁴.

Analisando-se os direitos fundamentais, portanto, como aqueles juridicamente positivados e vigentes em uma ordem constitucional, Canotilho¹⁵ refere que o local exato para essa positivação é o texto constitucional, cujo ato significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos compreendidos como naturais e inalienáveis do indivíduo.

Nessa linha de opção terminológica, Sarlet, ao buscar o conceito de direitos fundamentais refere-nos como posições jurídicas reconhecidas e protegidas pelo texto constitucional interno de cada Estado, os quais gozam de especial dignidade e de dupla proteção, esta que por Canotilho é definida como como a dupla fundamentalidade em sentido formal e material, que qualificam os direitos fundamentais¹⁶.

A fundamentalidade formal, nesse viés, encontra-se ligada à positivação e ao regime jurídico definido pelo próprio texto constitucional, de forma expressa ou implícita, que apresenta quatro dimensões ou premissas relevantes, quais sejam: a) são normas que se apresentam em grau superior na ordem jurídica; b) são normas que se encontram submetidas a procedimentos de revisão; c) cuidam-se de normas que passam a constituir limites materiais para as próprias revisões; e d) são normas

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 393.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 377.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 348.

com vinculatividade imediata dos poderes públicos e que a eles constituem parâmetros de escolha, ações e decisões.

A fundamentalidade material, por sua vez, está atrelada ao conteúdo dos direitos, ou seja, ao fato de conterem, ou não, conteúdo fundamental sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, cuja ideia pode oferecer à abertura do texto constitucional a outros ou novos direitos fundamentais, ainda que não formalmente previstos¹⁷.

Nessa linha, Sarlet, ao propor uma conceituação de direitos fundamentais, que abarca a dupla fundamentalidade de Canotilho, e inspirada em Robert Alexy, expressa esses direitos como sendo de natureza inclusiva, e os define:

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal¹⁸.

Denota-se que Ferrajoli¹⁹, por sua vez, ao propor uma definição formal de direitos fundamentais – cujo papel, assenta, é atribuído à teoria do direito e que deve ser executado da forma mais clara e precisa possível –, destaca as características formais e estruturais distintivas dessa espécie de direitos em relação aos demais. Cita o caráter universal dos direitos fundamentais, pois, diversamente dos direitos patrimoniais – que implicam em exclusão de titulares –, os direitos fundamentais pertencem a classes de sujeitos que são titulares em igual forma e medida, embora seja uma universalidade relativa; e cita que os direitos fundamentais conferem três diferentes *status* aos seus titulares, quais sejam: de pessoas naturais ou físicas, de cidadãos, e de pessoa ou cidadão com capacidade de trabalhar, estes que implicam

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 499.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 350.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007. p. 685-686.

na divisão em duas grandes categorias dos direitos fundamentais, quais sejam, os direitos de personalidade e os direitos de cidadania²⁰.

Ferrajoli²¹ conceitua, assim, direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, como sendo “todos aqueles direitos que correspondem universalmente a todos enquanto pessoas naturais, enquanto cidadãos, enquanto pessoas naturais capazes de trabalhar e enquanto cidadãos capazes de trabalhar”²², cuja definição constitui, segundo expõe, a base da igualdade jurídica²³.

Assim, a partir das importantes distinções conceituais e dos traços característicos citados, parte-se especialmente conceito citado por Sarlet, - inspirado em Alexy e que abaraca a dupla fundamentalidade referida por Canotilho -, para aprofundar o estudo dos direitos fundamentais sob o aspectos da construção histórica desses direitos e de suas classificações.

1.1.2 Aspectos históricos

Sob o aspecto histórico, tem-se que a história dos direitos fundamentais possui íntima relação com a história do surgimento do Estado Constitucional moderno. Segundo a classificação de K. Stern²⁴ *apud* Sarlet²⁵, são três os gradativos momentos históricos que compreendem esse período: a) um primeiro, considerado como fase pré-histórica e que se estenderia até o final do século XVI, refere-se à fase em que a religião - por meio do pensamento cristão -, e a filosofia greco-romana, influenciaram substancialmente a concepção do ser humano e o surgimento de substanciais valores, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens; b) um segundo momento, compreendido como o de elaboração da doutrina jusnaturalista e de afirmação dos direitos naturais do ser humano, em que a doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualistas, alcança seu ápice – que se

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007. p. 691.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 37.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007. p. 686.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 38.

²⁴ Cf. K. Stern, *Staatsrecht III/1*, p. 56.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 38.

desenvolve, especialmente, nos séculos XVII e XVIII²⁶ -, no qual merecem particular destaque as diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas da época, na Inglaterra; c) por fim, a fase de constitucionalização - terceiro e último momento -, iniciada em 1776, em que surgiram as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos²⁷.

Assim, segundo o autor, embora a positivação de direitos e liberdades na Inglaterra tenha conduzido à limitação do poder real em favor das liberdades individuais, não teria sido este o marco inicial dos direitos fundamentais, já que careceria, na época, de supremacia e estabilidade. Somente com a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, é que teria havido a transição dos direitos e liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais²⁸.

Nessa linha evolutiva, a Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) - aprovada na Filadélfia, em 1787 -, inicialmente não continha uma declaração de direitos fundamentais, porquanto dependia, para entrar em vigor, da ratificação de pelo menos nove dos treze Estados Americanos independentes – ex-colônias inglesas. Foi somente a partir da exigência de alguns desses estados - no sentido de que se introduzisse uma carta de direitos -, que, 1791, por meio de enunciados elaborados por Thomas Jefferson e James Madison, surgiu o *Bill of Rights*²⁹, que, dando origem às dez primeiras Emendas à Constituição da Filadélfia, assegurou ao povo americano determinados direitos fundamentais³⁰.

Destaca-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – resultado da Revolução Francesa -, cujo documento, com visão universal dos direitos do homem, assumiu fundamental importância, pois, por meio de dezessete artigos, proclamou os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade,

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 39.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 37.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 42-43.

²⁹ Conhecida como Carta de Direitos.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 157.

bem como as garantias individuais liberais, apontando para uma forte concepção individualista³¹.

Após, merece relevo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, em Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Esse documento, que contém um preâmbulo e mais trinta artigos que reconhecem os direitos fundamentais³², na lição de Bobbio, consagrou e orientou o processo de crescimento de toda a ordem internacional para uma comunidade de indivíduos livres e iguais³³.

Segundo destaca Bobbio, talvez não se tenha consciência da concreta importância que assumiu a Declaração Universal de 1948 e do fato novo que esse documento representou na história, isso porque pela primeira vez – conforme elucida – um sistema de direitos fundamentais foi expressamente aceito pela humanidade, assumindo, esse sistema de valores, pela primeira vez, caráter, de fato – e não em princípio - universal³⁴.

Foi nesse processo histórico que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais culminou com a afirmação do Estado de Direito, cujo processo foi determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais de acordo com as suas dimensões ou gerações³⁵.

1.2 CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bobbio³⁶, ao abordar a temática do fundamento absoluto dos direitos do homem – sua busca, possibilidade e desejabilidade -, refere que toda busca nesse sentido se mostra infundada, afastando, com isso, o pensamento jusnaturalista, que prevaleceu durante séculos.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 160.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 165.

³³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 792).

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 797-799).

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 604-625).

Nessa linha, explica que a teoria jusnaturalista justificava a necessidade de se encontrar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, na busca de se obter um mais amplo reconhecimento desses direitos, já que, para essa teoria, nem todos esses direitos teriam ainda sido reconhecidos em sua totalidade (reconhecimento em toda a parte e em igual medida).

Assim, o fundamento absoluto para os direitos fundamentais seria aquele fundamento irresistível no mundo das ideias, que seria irrefutável e inquestionável, e que derivaria diretamente da natureza do homem. Concepção em que Kant teria fundamentado como sendo o direito absoluto dos direitos fundamentais - e por ele denominado de direito inato -, o direito de liberdade.

Segundo Bobbio³⁷, contudo, quatro são as razões que implicam na rejeição desse pensamento, ao qual também se refere como sendo a primeira ilusão do pensamento jusnaturalista e o denomina de dogma da demonstrabilidade dos valores últimos - pensamento que, visando assegurar a potência da razão, aponta que para se garantir a realização de valores últimos, basta a demonstração destes em sentido inquestionável e irresistível.

A primeira razão decorre do fato de que é impossível se alcançar uma noção precisa da expressão direitos do homem, a qual constitui uma fórmula genérica e muito vaga, de difícil conceituação, já que é inevitável a introdução de termos avaliativos, estes que possibilitam interpretações de modos diversos e contradições³⁸.

O segundo motivo é que não existem direitos fundamentais por natureza, isso porque os direitos do homem constituem uma classe variável, a depender do momento histórico vivenciado. Logo, é inconcebível se atribuir um fundamento absoluto a direitos que são historicamente relativos, pois o que é fundamental em determinado momento histórico pode não ser para outro³⁹.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 718).

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 625-648).

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 648-669).

O terceiro argumento refere-se à heterogeneidade da classe dos direitos do homem, os quais, consoante refere Bobbio, são diversos e também refletem pretensões incompatíveis, pois enquanto alguns valem indistintamente para todos os homens e em qualquer situação, outros não detém esse caráter. Desse modo, os fundamentos que servem para sustentar determinado direito fundamental certamente não servirão para sustentar outro. Aponta, assim para uma diversidade de fundamentos dos direitos do homem, e não apenas para um com caráter absoluto⁴⁰.

Por fim, como última razão, cita a problemática da antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas, situação que torna substancialmente perigosa a busca por um fundamento absoluto. É o caso dos direitos de individuais de liberdade e os direitos sociais, em que os primeiros impõem obrigações negativas, ou seja, que implicam na abstenção de determinados comportamentos, enquanto os segundos exigem um certo número de obrigações positivas. A antinomia consiste justamente no fato de que a realização integral de uns impede a realização integral de outros. Cuidam-se de situações jurídicas diversas em que os fundamentos utilizados para defender os direitos de liberdade não são válidos à defesa dos direitos sociais. Daí a conclusão de que os direitos fundamentais antinômicos não podem, em hipótese alguma, possuir um único fundamento absoluto, ou seja, que torne ambos inquestionáveis e irresistíveis. Poderia um fundamento absoluto, assim, servir de pretexto à defesa de posições conservadoras⁴¹.

Peces-Barba⁴² também aponta que a construção do conceito de direitos fundamentais somente é possível a partir da análise e estudo da função e do fundamento desses direitos, este último que possibilita o conhecimento da raiz moral dos direitos fundamentais.

Para o autor, nenhum sentido há em se estudar a fundamentação de um direito fundamental se ele não está positivado, do mesmo modo que nenhum sentido há em se falar de um direito fundamental se não pudermos encontrar a sua raiz moral. Expõe que, acaso uma pretensão moralmente justificada não possa ser positivada,

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 669-680).

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 691-713).

⁴² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 103-104.

ela será irrelevante, pois no estudo dos direitos fundamentais o espírito, a força, a moral e o Direito estão entrelaçados e não há como separá-los⁴³.

Bobbio⁴⁴ ainda questiona e afasta o pensamento que denomina de a segunda ilusão da concepção jusnaturalista - ou do racionalismo ético -, segundo o qual a busca do fundamento absoluto, acaso bem sucedida, seria apta a obter o resultado esperado, qual seja, de alcançar, do modo mais célere e eficaz, o reconhecimento e a realização dos direitos do homem.

Explica que, segundo esse dogma, que assegura o primado da razão, a racionalidade demonstrada de um valor, além de necessária, é também suficiente a sua realização - ou seja, bastaria a demonstração dos valores últimos para que eles fosse realizados. Refere que esse pensamento, contudo, que é desmentido pela experiência histórica a partir de três fundamentos: a) não havia um maior respeito aos direitos do homem quando os eruditos concordavam em considerar que haviam encontrado um valor último (argumento irrefutável) para defendê-los; b) após a positivação dos direitos do homem, por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o problema dos fundamentos perdeu consideravelmente seu interesse, pois tendo havido a concordância da maioria dos países com uma declaração comum significa que houve boas razões para fazê-lo; daí que não se trata mais de buscar a razão última ou novas razões, mas de realizar os direitos proclamados; c) a criação de condições para realizar esses direitos passa pelo reconhecimento de que eles são uma meta desejável, contudo não depende de boa vontade dos governantes nem do reconhecimento da razão absoluta que os originou, mas de proporcionar condições para sua exequibilidade, isso porque o problema fundamental dos direitos do homem, hoje, não é de caráter filosófico – ou seja, de justificá-los -, mas de natureza política, ou seja, se protegê-los⁴⁵.

Nesse sentido, Bobbio reconhece a atual crise dos direitos fundamentais, como sendo também um aspecto da crise da filosofia, já que o problema filosófico não está dissociado das questões históricas, econômicas, sociais, psicológicas, inerentes

⁴³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 104-105.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 718).

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 713-740).

à sua realização. Aponta, contudo, que a superação dessa crise não está em encontrar o fundamento absoluto para servir de substituto ao que se perdeu, constituindo-se, a tarefa atual, mais modesta e complexa, pois é a de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis à realização do direitos fundamentais, empreendimento, contudo, que deve vir acompanhado do estudo das condições, meios, e das situações nas quais determinado direito do homem pode ser realizado, sob pena de se mostrar ineficaz⁴⁶.

Ferrajoli⁴⁷ - que ao desenvolver a análise sobre a estrutura normativa do Estado de Direito, menciona duas formas de legitimação, interna ou externa – assenta que na formação dos Estados constitucionais modernos, o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça oriundos do jusnaturalismo, e que o resultado desse processo tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídico, e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, que significa a interiorização de critérios e valores substanciais externos no direito positivo. Menciona que desde a Declaração de Direitos de 1789, todos os textos constitucionais da Europa, Estados Unidos, União Soviética e demais países socialistas, incluindo as constituições de países do terceiro mundo, tem incorporado grande parte dos princípios da doutrina de direito natural.

Nesse raciocínio, segundo expõe, o debate quanto ao conflito entre direito natural e direito positivo perdeu consideravelmente sua importância, pois houve uma mudança na separação entre direito e moral, validade e justiça, e direito do ser e direito do dever ser, de modo que este último transmudou-se para os ordenamentos jurídicos positivos como uma antinomia entre os diferentes níveis normativos dos ordenamentos jurídicos, ou seja, entre a Constituição e a lei, a lei e a jurisdição e a lei e as atividades administrativas.

Peces-Barba⁴⁸, nessa linha, aponta para a necessidade de positivação dos direitos fundamentais, e explica que a eficácia dos direitos fundamentais na vida social

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 740-746).

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 325-328.

⁴⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 103-104.

exige o pertencimento desses direitos ao ordenamento jurídico, pois é somente por meio da previsão legal que eles realizam a sua função.

Refere, assim, que a positivação realiza-se pelo Poder, por meio do Estado, este que também realiza a transformação dos direitos fundamentais. É que sem o Poder do Estado, os valores morais não se convertem em direitos fundamentais, e, por conseguinte, carecem de força para atingir sua finalidade.

Explica o autor, ainda, que no mundo moderno a construção de um ordenamento jurídico ocorre a partir de valores jurídicos, que são os direitos fundamentais, os quais não podem estar desvinculados dos valores morais que os justificam. É o que o autor denomina de moralidade legalizada⁴⁹.

Na mesma linha da necessidade de positivação dos direitos fundamentais, Hesse, ao aprofundar o estudo sobre os elementos de direito constitucional na Constituição da República Federal da Alemanha⁵⁰, aponta que o primeiro título da Lei Fundamental leva a epígrafe de “direitos fundamentais”, de onde extrai um possível conceito formal de direitos fundamentais, determinado pelo próprio texto legal, no sentido de que direitos fundamentais são aqueles qualificados pelo próprio ordenamento constitucional⁵¹.

Cita que tal conceito, contudo, não expressa o significado material dos direitos fundamentais, e se mostra insuficiente sob o aspecto do texto constitucional

⁴⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995. p. 105.

⁵⁰ Segundo explica Sarlet, a Constituição da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*) - também denominada de Lei Fundamental de Bonn -, entrou em vigor em 24.05.1949, ou seja, quatro anos após a formalização da derrocada da ditadura nacional-socialista, panorama em que, curiosamente, a elaboração da Constituição e a fundação de um Estado alemão ocidental foram decididas por meio de uma conferência, realizada em Londres, da qual participaram a Grã-Bretanha, França, Estados Unidos da América, Bélgica, Luxemburgo e Holanda, onde os ministros presidentes dos diversos Estados foram instados a convocar uma Assembleia Nacional com a finalidade de elaborar uma nova Constituição. Foi assim que, quando da rendição alemã, em 08.05.1949, o Conselho Parlamentar aprovou o texto da Lei Fundamental, com autorização para promulga-lo, esta concedida por parte do governo de ocupação. Assenta o autor, ainda, que, nada obstante esse processo de legitimação democrática originária sem precedentes (se se considerar os padrões tidos como ideais), a Lei Fundamental ocupa posição de destaque no panorama constitucional contemporâneo, sendo considerada uma das constituições mais influentes, inclusive na ordem constitucional brasileira. (SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição em perspectiva histórico-evolutiva. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 50-51;56-57).

⁵¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 255.

Alemão, já que a própria Lei Fundamental, fora do primeiro título, também normatiza outros direitos fundamentais, e que, ao lado desta, outro diploma normativo, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais Europeia, de 1950, também normatiza direitos fundamentais reconhecidos e aplicados internamente como direito federal.

Explica que embora a Convenção não possua força de “regra geral de Direito Internacional Público”, possui validade como força de lei ordinária, mas que essa diferença da força de validade formal da Convenção, e a Lei Fundamental, em nada afeta o significado material dos direitos da convenção⁵².

Nesse viés, para a interpretação da Lei Fundamental da Alemanha, tanto o conteúdo e estágio de desenvolvimento da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais Europeia, como também a jurisprudência do Tribunal Europeu para direitos do homem, são considerados e levados em conta como auxílio interpretativo, visando a determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais previstos naquela⁵³.

Denota-se, a propósito, que embora o conteúdo dos direitos da Convenção coincida, em grande parte, com o conteúdo dos direitos da Lei Fundamental, os primeiros são, muitas vezes, mais precisamente formulados, e as possibilidades de suas limitações são concretizadas mais rigorosamente, já que prevalecem sobre todos os preceitos jurídicos do direito estadual. Possuem, assim, garantias mais amplas que os direitos fundamentais da Lei Fundamental, e possibilitam que permaneça inalterada a situação jurídica material criada pelos direitos fundamentais da Lei Fundamental⁵⁴.

Logo, ao analisar os direitos fundamentais decorrentes da Lei Fundamental Alemã, Hesse também assinala o duplo caráter dos direitos fundamentais: subjetivo e objetivo. O primeiro, compreendido no âmbito dos direitos do particular – seja enquanto direito propriamente ou enquanto garantidor de um instituto jurídico a proteger o âmbito do direito do particular –, enquanto o segundo constitui-se nos elementos

⁵² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 225-226.

⁵³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 226-227.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 227-228.

fundamentais da ordem objetiva da coletividade, ou seja, é reconhecido para garantias que não contenham, em primeiro lugar, os direitos individuais.

Expõe que em razão desse duplo caráter, os direitos fundamentais também produzem efeito fundamentador de *status*, havendo uma complementação entre os direitos subjetivos fundamentadores de *status* -, que são os direitos fundamentais direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão⁵⁵ -, e os direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva determinante, limitadora e asseguradora, fundamentadores de *status*.

É que, na medida em que, sob o aspecto dos direitos subjetivos fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais constituem-se em direitos de defesa contra os poderes estatais que lhe causem prejuízo, enquanto elementos da ordem objetiva implicam, como complemento ao aspecto subjetivo, em determinações de competências negativas para os poderes estatais.

Na mesma linha, enquanto sob o aspecto subjetivo fundamentador de *status*, os direitos fundamentais implicam na liberdade positiva do cidadão de, de forma livre e com autorresponsabilidade, configurar sua vida e cooperar nos assuntos da coletividade, sob o aspecto objetivo fundamentador de *status*, os direitos fundamentais normatizam outras bases e traços fundamentais da ordem da coletividade, na medida em que garantem bases da ordem jurídica privada e procuram manter e proteger determinados âmbitos da vida⁵⁶.

Enquanto elementos da ordem objetiva ressalta, ainda, que os direitos fundamentais determinam, em primeiro lugar, conteúdos fundamentais da ordem constitucional, nos quais ganham configuração nomeadamente as ordens da democracia e do Estado de Direito, já que o conteúdo destes resulta, em grande medida, das normatizações dos direitos fundamentais. Concomitantemente, e de forma semelhante, os direitos fundamentais contêm bases da ordem estatal-jurídica

⁵⁵ O autor distingue os direitos do homem como sendo aqueles que cabem apenas a um determinado grupo de pessoas, enquanto direitos do cidadão são os direitos fundamentais garantidos a todos os alemães (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 233).

⁵⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 228-244.

da Lei Fundamental, normatizando princípios da estabilidade jurídica, vinculativos para todos os poderes estatais⁵⁷.

Expõe, assim, em análise à Constituição da Alemanha – cujo diploma normativo, contudo, não contou com a participação do povo alemão –, que os direitos fundamentais são garantias pontuais que não se restringem, contudo, ao âmbito da vida privada, e, no mesmo sentido, é a Lei Fundamental da Alemanha, a qual sugere a aceitação de uma conexão sistemática dos direitos fundamentais. Ressalta ser impossível a tarefa de compreender os direitos fundamentais como um sistema próprio, fechado em si, sobretudo em razão do estreito entrelaçamento existente entre os direitos fundamentais e a ordem objetiva da Constituição Alemã⁵⁸. Daí que se concluiu que, embora a democracia não seja condição para os direitos fundamentais – não tendo, a Lei Fundamental Alemã, nascido em um Estado democrático -, Hesse destaca esse regime como a melhor ambiência para a realização desses direitos.

1.2.1 Dimensões de Direito Fundamental

Nada obstante o processo de transformação dos direitos fundamentais, tradicionalmente, são reconhecidos três momentos ou gerações desses direitos, também denominadas de dimensões, cujo debate teórico acerca da precisão terminológica utilizada nessa classificação não pode deixar de ser analisado no presente estudo, ainda que tal discordância resida exclusivamente esfera terminológica, já que não se verificam divergências quanto ao conteúdo.

Para Sarlet⁵⁹, o termo “gerações” é objeto de inúmeras e fundadas críticas doutrinárias, notadamente porque o processo evolutivo de novos direitos fundamentais não pode ser visto nem interpretado à vista da ideia de alternâncias, pois pressupõe cumultividade, ou seja, de complementaridade. Não é possível, nesse viés, pensar na substituição de uma geração de direitos por outra, daí a razão da impropriedade do termo então referido, já que “gerações” sugeriria a ideia de alternância. Refere, ainda, essa terminologia conduz à compreensão equivocada de

⁵⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 240-241.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 244-246.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 45.

substituição desses direitos, os quais, ao revés, encontram-se em permanente processo de expansão e fortalecimento. Daí porque se utiliza da terminologia “dimensões”.

As dimensões de direito fundamental, de um modo geral, coincidem com os três postulados da Revolução Francesa (se considerados individualmente) – liberdade, igualdade, fraternidade -, cuja tríade, para Sarlet⁶⁰, não se apresenta completa se não se fizer referência ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – o qual se encontra na base dessa gama de direitos.

Nessa linha, consideram-se direitos fundamentais de primeira geração aqueles que se afirmaram como os direitos do indivíduo frente ao Estado, os quais estão compreendidos em uma zona de não intervenção Estatal e em uma esfera de autonomia do indivíduo em face desse poder. Tratam-se de direitos de cunho negativo, dirigidos a uma abstenção do poder público. Citam-se, como exemplos, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, os quais são complementados por uma gama de liberdades de expressão coletiva, a exemplo da liberdade de expressão, de reunião, de associação, de imprensa. Elencam-se, ainda, o direito de participação política, a igualdade formal, e algumas garantias processuais, como o *habeas corpus* e o devido processo legal⁶¹.

Bonavides, nesse viés, mas sem aprofundar o debate, apresenta essa mesma classificação de acordo com a terminologia “gerações”⁶², referindo que os direitos fundamentais passaram a manifestar-se na ordem institucional por meio de três gerações sucessivas, que, segundo expõe, traduzem um processo cumulativo e quantitativo, cujo norte é uma universalidade material e concreta, que vem em substituição à universalidade abstrata contida no jusnaturalismo.

Para esse autor, tratam-se os direitos de primeira geração dos direitos da liberdade, pois são os primeiros a constar na normatividade constitucional, quais

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 55.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 46-47.

⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 576-577.

sejam: os direitos civis e políticos, os quais, em grande parte, representam a fase inaugural do constitucionalismo ocidental⁶³.

Os direitos de segunda dimensão, compreendidos como os direitos econômicos, sociais e culturais, são os que surgiram a partir dos impactos sociais da industrialização, cuja referência é o século XIX. Cuida-se de uma dimensão positiva de direitos, que busca resguardar o bem-estar social. Nessa linha, têm-se os direitos que consagram prestações sociais estatais, a exemplo da assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.

Consoante elucida Sarlet⁶⁴, esses direitos passaram a ser consagrados, especialmente, no século XX, nas Constituições após a Segunda Guerra-Mundial. São os direitos que objetivam a concretização da igualdade em sentido material.

Por serem de juridicidade, à época, questionável, Bonavides⁶⁵ ressalta que foram, esses direitos, remetidos à esfera programática para sua concretização, de modo que na maioria dos sistemas jurídicos, enquanto prevalece a aplicabilidade imediata dos direitos de primeira geração, prevaleceu a aplicabilidade mediata dos direitos sociais, por meio do legislador. Refere que a Constituição do Brasil, como regra, adotou o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, de tal modo que essas normas não devem ter sua eficácia recusada baseada simplesmente na eficácia programática de suas normas.

Os direitos de terceira dimensão são os denominados direitos de solidariedade e de fraternidade. São, portanto, aqueles que se destinam à proteção de grupos que se caracterizam por sua titularidade coletiva ou difusa. Sarlet⁶⁶ cita, como exemplos, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Seriam eles, nesse viés, resultado de novas e emergentes reivindicações fundamentais do ser humano, decorrentes do

⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 577.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 47-48.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 579.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 48-49.

impacto tecnológico, do estado de beligerância e do processo de descolonização no período pós-Segunda Guerra Mundial.

Denota-se, assim, que esses direitos possuem implicação universal ou transindividual, encontrando positividade em inúmeros documentos internacionais e, também, no direito interno constitucional de determinados Estados.

A permanente atualidade dos direitos de liberdade e a universalização ou globalização política dos direitos fundamentais também introduziu, para alguns, os direitos de quarta geração, que, conforme elucida Bonavides⁶⁷, corresponderiam à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Segundo esse posicionamento são, assim, direitos de quarta dimensão, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Sem desconsiderar as doutrinas que sustentam a existência de uma quinta geração de direitos fundamentais, Sarlet⁶⁸ destaca que essas novas dimensões ganham relevância para o progresso da humanidade, já que os direitos fundamentais em si são, como um todo, direcionados para o futuro, gerando a perspectiva e a possibilidade de mudanças e de progresso, cuja importância não pode e nem deve ser menosprezada. Nesse viés, de fundamental importância é a adoção de posturas ativas com vista à afirmação dos direitos fundamentais.

Sob roupagem distinta, ou seja, de categorias dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins – a partir da definição do constitucionalista alemão Georg Jellinek⁶⁹ –, por sua vez, apresentam a classificação tripartite dos direitos fundamentais sob denominações distintas, que adotam como critério as formas de relacionamento entre as esferas do Estado e do indivíduo.

Nesse diapasão, referem que a primeira categoria de direitos protege a liberdade do indivíduo e, por isso, consiste na denominada “pretensão de resistência à intervenção estatal” – também chamada de direito de defesa –, pois limita as possibilidades de atuação do Estado. Abrange os direitos dos indivíduos de resistir a

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 585-586.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 56.

⁶⁹ *Subjektives öffentliches Recht* – Jellinek (1892).

uma possível atuação do Estado e a obrigação negativa a este endereçada, ou seja, uma proibição de interferência⁷⁰.

A segunda categoria, denominada de *status positivus*, abrange os direitos sociais ou a prestações, englobando os direitos que possibilitam aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, a fim de garantir-lhes os pressupostos materiais (ou imateriais) necessários ao exercício de suas liberdades. Nessa linha é a dimensão objetiva – prestações estatais – que realiza os direitos sociais, os quais podem ser de duas ordens: a) prestações materiais, como bens e serviços individualizados a determinadas pessoas que não possuem condições de adquiri-los; ou b) oferecimento de serviços monopolizados pelo Estado, os quais são prestados universalmente, a exemplo da Segurança Pública⁷¹.

Para essa classificação há, ainda, os direitos de *status activus* – ou direitos políticos ou de participação -, cuja categoria de direitos possibilita a participação do indivíduo nos processos de decisão do Estado; constituem, portanto, a base do regime democrático⁷².

Denota-se que a classificação apresentada não abrange, contudo, todas as formas de direitos fundamentais, consoante elucidam Dimoulis e Martins, a exemplo dos novos direitos coletivos – ou direitos difusos -, cujo exercício não pode ser individual, pois contraria a sua própria natureza.

Há, ainda, o direito à paz e ao desenvolvimento econômico, os quais, consoante elucidam, constituiriam, na realidade, propósitos e objetivos políticos da atividade estatal, e não direitos fundamentais no sentido clássico e consolidado do termo, embora o constituinte brasileiro tenha decidido configurá-los como tal, colocando-se, assim, um problema dogmático⁷³.

⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50-51.

⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53.

⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54-58.

Em continuidade a essa busca de classificar os direitos fundamentais a partir de seus efeitos, funções e dimensões, Dimoulis e Martins, referem que a tendência contemporânea é distinguir duas dimensões centrais dos direitos fundamentais: uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva.

A dimensão subjetiva corresponde, primeiramente, em sua função clássica, ao *status negativus* acima antes referido, ou seja, trata-se de uma dimensão que concebe os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos, correspondendo, ao Estado, uma obrigação negativa, ou seja, de não fazer. Em segundo lugar, essa dimensão também aparece no *status positivus* anteriormente visitado, isso porque a partir de um *status* de liberdade do indivíduo também decorre o efeito de proibição de omissão por parte do Estado⁷⁴.

Por fim, essa doutrina também reconhece a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reconhecida como aquela cuja percepção independe de seus titulares.

Assim, quatro são os aspectos pertencentes a essa dimensão: a) para o primeiro aspecto, os direitos fundamentais apresentam, objetivamente, o caráter de normas de competência negativa, ou seja, aquilo que é outorgado ao indivíduo e objetivamente retirado do Estado, independente de o particular exigir o direito que lhe assiste; b) o segundo aspecto refere-se aos direitos fundamentais como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional; c) o terceiro desdobramento consiste na possibilidade de limitar os direitos fundamentais quando isso estiver na esfera de interesse de seus titulares; e d) o último aspecto consiste no dever estatal de tutela dos direitos fundamentais, com caráter preventivo e por meio de previsões legislativas⁷⁵.

De maneira similar, Sarlet, ao tratar sobre a classificação dos direitos fundamentais, também defende a existência de uma dupla dimensão, manifestando que tanto no Brasil quanto em Portugal, a função dos direitos fundamentais não se limita a uma função de ordem subjetiva, pois também representam funções de ordem objetiva, ou seja, os direitos fundamentais representam decisões valorativas de

⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116-117.

⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 117-121.

natureza jurídico-objetiva expressas pelo texto constitucional. Cuida-se, assim, de uma dupla dimensão⁷⁶.

Nesse viés, os direitos fundamentais ultrapassaram as garantias individuais (positivas e negativas), para alcançar um conjunto de valores objetivos na ordem constitucional. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, portanto, significa a transcendência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, com a outorga de função autônoma às normas que preveem direitos subjetivos⁷⁷.

Sarlet também explica que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais aponta para uma multifuncionalidade desses direitos, e, como um dos mais importantes desdobramentos, cita a função de fornecer impulsos e diretrizes para as normas infraconstitucionais, a fim de que se realize uma interpretação conforme – refere que a essa função parte da doutrina e jurisprudência constitucional Alemã denominou de eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais – e, associado a esse efeito, inclui-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares⁷⁸.

Segundo ele, ainda, uma segunda e uma terceira função decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Uma vinculada ao dever do Estado de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, de forma permanente e inclusive preventiva, contra os poderes públicos e também contra os particulares: significa, assim, dever de atuação, inserindo-se no conceito de direito a prestações estatais (implica não apenas em vedação de omissões, mas também na proibição de prestações insuficientes).

Outra função é denominada de organizatória e procedimental, segundo a qual, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível extrair consequências não apenas destinadas à aplicação e interpretação das normas

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 185-186.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 186.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 186.

procedimentais, mas também para a organização e a formatação do direito procedimental com vista a evitar os riscos da redução do significado e conteúdo material dos direitos fundamentais⁷⁹.

E, é a partir dessa dupla dimensão, que Sarlet⁸⁰ explicita, ao analisar a Constituição da República Federativa do Brasil, a classificação dos direitos fundamentais de acordo com os capítulos nela expressos, quais sejam: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e) direitos dos partidos políticos.

Na mesma linha, ao abordar a classificação dos direitos fundamentais sob a ótica da Constituição da República Portuguesa, o autor refere tal divisão como uma das mais importantes sob o ponto de vista jurídico-constitucional, e assim enumera: a) os direitos, liberdades e garantias (Título II), o qual apresenta a seguinte sistematização positiva: a.1) direitos, liberdade e garantias pessoais (Cap. I); a.2) direitos, liberdades e garantias de participação de política (Cap. II); a.3) direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (Cap. III); b) direitos económicos, sociais e culturais (Título III), assim distribuídos: b.1) direitos e deveres económicos (Cap. I); b.2) direitos e deveres sociais (Cap. II); b.3) direitos e deveres culturais (Cap. III)⁸¹.

Por derradeiro e do mesmo modo, ao abordar a teoria constitucional e o ordenamento luso, faz referência às funções dos Direitos Fundamentais. A primeira função apresenta como a função de direito de defesa do cidadão, sob uma dupla perspectiva, já que constituem normas, num plano objetivo, de proibição ao poder público de interferência na esfera individual, e, num plano subjetivo, o poder de exercício subjetivo (liberdade positiva) e de evitar agressões (liberdade negativa) a direitos fundamentais. Uma segunda função significa o direito a prestações, segundo o qual o sujeito tem o direito de exigir a prestação do Estado. Uma terceira função implica na função de proteção dos direitos fundamentais perante terceiros (proteção

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 186.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 187.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p.393-406.

no esquema relacional indivíduo com indivíduo). Ainda, uma quarta função que é a de não discriminação – acentuada sobretudo pela doutrina norte-americana –, a qual visa assegurar que o Estado trate seus indivíduos (cidadãos) fundamentalmente iguais, aplicando-se a todos os direitos, liberdades e garantias pessoais⁸².

Em alusão à teoria de Robert Alexy, Sarlet faz importante destaque no sentido de que o que importa ter presente é que os direitos fundamentais, independente da classificação denominada, em geral abrangem um complexo de posições jurídicas, as quais assumem, na ótica de Alexy, dupla condição: condição negativa (defensiva – de não intervenção) e positiva (prestacional), cuja classificação, contudo, não assume compreensões antagônicas, já que ambas as condições se complementam, e, a despeito de eventualmente entrarem em conflito, acabam por se reforçarem mutuamente. Assim, no âmbito das diversas funções dos direitos fundamentais, estes podem assumir tanto uma dimensão positiva como uma dimensão negativa⁸³.

1.3 FORMAS DE TRATAMENTO E MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, direitos fundamentais dependem de positivação na ordem constitucional e, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como na ordem jurídica estrangeira - a exemplo do ordenamento jurídico português, retro citado - os direitos fundamentais desse modo se encontram positivados. Segundo Canotilho, a positivação desses direitos significa a incorporação, na ordem jurídica, dos direitos considerados inalienáveis e naturais do indivíduo⁸⁴.

Para Canotilho, há a espécie “direitos fundamentais formalmente constitucionais”, assim considerados como as normas que possuem a forma constitucional, e a espécie “direitos fundamentais sem assento constitucional”, compreendidos como aqueles constantes nas leis e regras de direito internacional,

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 407-410.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 187-188.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 377

mas admitidos pelo texto constitucional, havendo, ainda, os direitos fundamentais dispersos, que são os direitos que formalmente se encontram no texto constitucional, mas nele dispersos, ou seja, não esgotados formalmente na parte que trata dos direitos fundamentais⁸⁵.

Esse autor também distingue o conceito de direitos fundamentais em sentido formal e material e normas de direitos fundamentais em sentido meramente formal. Refere, assim, que há espécies de direitos de estão consagrados no texto constitucional e lá se encontram formalmente, como direitos fundamentais, mas cujo conteúdo, contudo, não se pode considerar como materialmente fundamental. Por outro lado, há os direitos que além de revisitarem a forma constitucional, possuem natureza intrínseca de direitos fundamentais – são os direitos formal e materialmente constitucionais. Por fim, os fundamentais materiais são os que integrariam os direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de autorrealização, com a finalidade de assegurar ou garantir a defesa dessa subjetividade pessoal⁸⁶.

Nessa linha, segundo Alexy⁸⁷, nos ordenamentos estruturados normativamente, o conceito de norma assume-se como um dos mais fundamentais conceitos da Ciência do Direito.

Para o conceito semântico de norma, o conceito dessa espécie é um conceito primário, o qual difere do enunciado normativo, já que uma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos⁸⁸. Estes, expressam se algo é devido ou proibido⁸⁹.

O conceito de norma de direito fundamental pode assumir, segundo Alexy⁹⁰, caráter concreto ou abstrato, residindo a diferença no objetivo com o qual se pretende essa definição. Assim, acaso se busque conceituar uma norma de direito fundamental que pertença a um determinado ordenamento jurídico, essa

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 403-404.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 406.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 52.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 54.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 58.

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 65.

conceituação assume natureza concreta; diversamente, se se buscar definir a norma de direito fundamental abstratamente, ou seja, independentemente do ordenamento jurídico, essa conceituação assumirá um caráter abstrato.

A identificação de uma norma de direito fundamental de caráter concreto, segundo o autor, ao tomar como base a Constituição Alemã, pode se basear em três distintos critérios; materiais, estruturais e/ou formais⁹¹; e, para ele, normas de direito fundamental, ainda que de caráter provisório, são as normas expressas diretamente por enunciado da Constituição Alemã.

Ao indagar se esse conceito não seria demasiadamente estrito, Alexy⁹² classifica as normas de direito fundamental em dois grupos: normas de direito fundamental diretamente estabelecidas pelo texto constitucional, e normas de direito fundamental atribuídas.

Integram o segundo conceito as normas que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional como normas de direito fundamental, mas que possuem, contudo, uma relação de refinamento e uma relação de fundamentação com o texto constitucional. Assim, tanto a relação de refinamento como a relação de fundamentação com o texto constitucional constituem justificativas para se considerar, como normas de direito fundamentais, não somente aquelas normas expressas diretamente pela constituição, abarcando também outras normas⁹³.

Alexy define, assim, um critério para qualificar uma norma de direito fundamental que não esteja diretamente estabelecida pelo texto constitucional – portanto, norma atribuída – , e assim o define “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*”⁹⁴, ou seja, precisa haver uma argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.

Tal critério, segundo expõe, pode também se estender às normas diretamente estabelecidas e, assim, ser generalizado. De acordo com essa definição

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 66.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 73.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 72.

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 74.

geral, portanto, aduz como normas de direitos fundamentais “todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, de modo que para as normas diretamente estabelecidas, normalmente se mostra suficiente a referência ao texto constitucional⁹⁵.

Para essa teoria, contudo, a mais importante distinção que envolve a estrutura das normas de direitos fundamentais é a diferenciação entre regras e princípios⁹⁶. Necessária, portanto, a compreensão desta para se analisar os conflitos de direitos fundamentais.

1.3.1 Regras e Princípios

Em destaque à importância da distinção entre regras e princípios em sede de direitos fundamentais, e fazendo referência ao ordenamento jurídico luso, Canotilho⁹⁷ ressalta que o sistema jurídico português constituiu-se em um sistema normativo aberto de regras e princípios – conforme sistema citado por Alexy (*gemässigte Konstitutionalismus*) –, já que as normas desse sistema podem se revelar tanto sob forma de regras, como sob forma de princípios⁹⁸.

Na linha distintiva entre Normas-Regras e Normas-Princípios⁹⁹, Alexy¹⁰⁰ refere que tanto princípios como regras constituem razões para juízos concretos do dever ser, ainda que sejam de naturezas distintas. Há vários critérios, contudo, que tentam distingui-los, dentre os quais, o mais utilizado, é o critério da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”.

Essa diversidade de critérios – a exemplo da determinabilidade dos casos de sua aplicação, do caráter explícito do conteúdo axiológico dos princípios, da referência a uma lei jurídica suprema, da importância na ordem jurídica - possibilita três teses acerca da diferenciação entre regras e princípios: a primeira, que acredita

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 76.

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 85.

⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1159.

⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1162.

⁹⁹ Para as categorias Norma-Regra e Norma-Princípio adotam-se os conceitos operacionais definidos a partir de Robert Alexy.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 87.

que toda tentativa de diferenciação entre essas duas espécies normativas seria fada ao insucesso; a segunda, que refere tal diferenciação somente no grau de generalidade; e a terceira que, além de conferir uma diferenciação gradual para essas duas categorias, também lhes confere uma diferenciação qualitativa. Esta última, então, é citada por Alexy, como a tese adequada¹⁰¹.

Assim, toda norma é, ou uma regra, ou um princípio, e a distinção entre essas duas espécies de normas se faz no campo da qualidade, e não meramente de grau. Nessa linha, há um critério de distinção determinante, segundo o qual princípios são compreendidos como mandamentos de otimização. Significa dizer, em sentido amplo, que princípios são mandamentos porque abarcam permissões e proibições, os quais são caracterizados: a) por poderem ser satisfeitos em graus variados; e b) pelo fato de que a sua satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é possível de ser determinado a partir dos princípios e regras colidentes¹⁰².

Desse modo, enquanto “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, as regras contêm determinações, constituindo normas que podem ou não ser satisfeitas. Diz-se, portanto, que a regra, se válida, deve ser (aplicada) exatamente naquilo que ela prevê, nem mais nem menos¹⁰³.

Em termos de estrutura constitucional, Canotilho¹⁰⁴ refere a existência de duas dimensões das normas consagradoras de direitos fundamentais, uma dimensão subjetiva, que abarca princípios e regras consagradores de direitos subjetivos fundamentais, e uma dimensão objetiva, que compreende a existência de princípios e regras meramente objetivos.

Aborda a ideia de fundamentação subjetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais, referindo que um fundamento é subjetivo quando ele está relacionado ao significado ou relevância da norma de direito fundamental para o indivíduo, seus interesses, sua vida e sua liberdade. Por outro lado, destaca que a

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 88-90.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 90.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 90-91.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1256.

ideia de fundamentação objetiva se relaciona ao direito fundamental cujo significado volta-se à comunidade, ao interesse público, para a vida em comunidade¹⁰⁵.

Destaca, assim, a tese da subjetivação dos direitos fundamentais, que aponta para uma presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que considera que os direitos, em primeira linha, possuem natureza de direitos individuais, daí resultando que, se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, essa proteção realiza-se sob o aspecto de direito subjetivo¹⁰⁶.

Segundo Canotilho, a distinção entre norma-regra e norma-princípio constitui-se em uma tarefa complexa, sugerindo o autor, em linhas gerais, cinco critérios distintivos: a) grau de abstração: enquanto as regras possuem reduzido grau de abstração, nos princípios esse critério é relativamente elevado; b) grau de determinabilidade: os princípios são vagos e indetermináveis, carecendo de mediação para sua concretização, já as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade: princípios constituem-se em normas de natureza estruturante e exercem um papel fundamental no ordenamento jurídico, já as regras não possuem esse caráter; d) proximidade da ideia de direito: princípios são espécies de modelos juridicamente vinculantes consolidados nas exigências de justiça, enquanto as regras possuem um conteúdo meramente funcional; e) natureza normogenética: princípios são normas que se encontram na base do ordenamento jurídico, e constituem-se, assim, no fundamento das regras jurídicas¹⁰⁷.

Acentua que a distinção entre regras e princípios é uma tarefa complexa, esta que deriva da circunstância de que, muitas vezes, não se busca saber duas questões importantes nesse processo, quais sejam: a) saber qual é a função dos princípios: se é norma de conduta (princípio jurídico) ou se possui função retórica-argumentativa (princípio hermenêutico); e b) saber se entre princípios e regras há um

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1256-1257.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1257.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1160-1161.

denominador comum (com apenas uma diferenciação do grau), ou se são suscetíveis de diferenciação qualitativa.

Canotilho destaca uma distinta análise entre os princípios jurídicos - princípios enquanto normas -, e as regras jurídicas, cuja diferenciação qualitativa entre ambos assim assinala.

Princípios coexistem e constituem-se como normas jurídicas impositivas de otimização, pois permitem o balanceamento de interesses e de valores, de acordo com o peso e a ponderação com outros princípios eventualmente conflitantes. São os princípios, assim, compatíveis com vários graus de concretização, condicionados a fatos e situações. Princípios suscitam questões de validade e peso (importância) e sua convivência possui natureza conflitual.

Regras, por sua vez, são normas que prescrevem uma exigência, que é, ou não, cumprida. As regras não coexistem - são antinômicas -, e, portanto, excluem-se. Situam-se no campo da validade, de modo que ou a regra é válida, ou não o é, e, quando válida, deve ser cumprida nos exatos termos de sua prescrição (nem mais, nem menos). Afirma, assim, que as regras se situam no campo do tudo ou nada, não permitindo uma valoração ou ponderação¹⁰⁸.

Nesse viés, segundo o autor, regras são normas que, atendidos determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos - e não permitem exceção -, daí a afirmação de que se realizam sob a ótica do tudo ou nada. Princípios jurídicos, diversamente, são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, eles impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, em conformidade com a reserva do possível, fática ou jurídica, não se realizando sob a ótica do tudo ou nada¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1161-1162.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1255.

Importante contributo também se retira da obra de Dworkin¹¹⁰, que, inserido no sistema jurídico consuetudinário norte-americano (*common law*)¹¹¹, assenta distinta classificação quanto às normas jurídicas, distinguindo-as, em linhas gerais, em três espécies: princípios, regras e diretrizes políticas.

Segundo o autor, a diferenciação entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica, pois ao mesmo tempo em que ambos apontam para decisões na esfera individual (particular) acerca de determinada obrigação jurídica em casos específicos, diferenciam-se em relação à natureza da orientação que oferecem. As regras, assim, são aplicáveis na dimensão do tudo ou nada, de modo que ou a regra é válida, e sua resposta deve ser aceita, ou ela é inválida, situação em que nada contribui para a decisão judicial. A regra pode, por certo, ter exceções, estas, contudo, integram um correto enunciado de regra, pois, do contrário, seria um enunciado incompleto¹¹².

Princípios, por sua vez, não dispõem a respeito de consequências jurídicas que se aplicam automaticamente quando as condições dele são dadas, pois eles enunciam uma razão que conduz o argumento em determinada direção, necessitando, ainda assim, de uma decisão a ser proferida no caso particular. Refere que um princípio particular é um princípio do direito, o qual, se for relevante, deve ser levado em considerações pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão que aponta para uma ou outra direção¹¹³.

Dworkin¹¹⁴ também estabelece que os princípios possuem uma dimensão que as regras não possuem, a dimensão do peso ou da importância. Isso porque quando os princípios intercruzam-se, faz-se uma mensuração para se verificar o peso ou quão importante é o princípio. As regras, por sua vez, são funcionalmente importantes ou não, e, caso se estabeleça um conflito entre elas, este se resolve no campo da validade.

Tratam-se os princípios, assim, tipos particulares de padrões, enquanto as regras jurídicas encontram-se por toda a parte. Aqueles aparecem nas questões de

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

¹¹¹ Diferentemente de Robert Alexy, cujo teórico insere-se no sistema da *civil law*.

¹¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40-42.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

maior complexidade, desempenhando um papel fundamental de argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos de obrigações jurídicas dos particulares¹¹⁵.

Destaca o autor que no sistema da *common law* as leis e as regras do direito costumeiros são demasiadamente vagas, e devem ser interpretadas antes de poderem ser aplicadas a novos casos. Devem, assim, os juízes, aplicar o direito criado por outras instituições, não lhes cabendo a criação de um novo direito¹¹⁶.

Por fim, Dworkin¹¹⁷ assenta os argumentos de política, ou diretrizes políticas, compreendidas como argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo. Assenta que enquanto princípios se enquadram como proposições que descrevem direitos, estes que podem ou não ser absolutos, as diretrizes políticas são compreendidas como proposições de descrevem objetivos, ou seja, que traçam um objetivo a ser alcançado, objetivos ou metas que podem, mas não necessitam ser absolutas.

Zagrebelsky¹¹⁸, por sua vez, aprofundando o tema quanto à diferenciação entre regras e princípios¹¹⁹, destaca essa importante classificação, aduzindo que ambas constituem o gênero norma. Segundo o autor, se o direito atual é composto por regras e princípios, nesse viés, as normas legislativas são predominantemente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direito e justiça são predominantemente princípios. Logo, a distinção entre princípios e regras aproxima-se da distinção da Constituição e das leis, respectivamente, embora aquela, além de princípios, também contenha regras.

Segue, aprimorando a diferenciação no sentido de que apenas aos princípios cabe desempenhar um papel constitucional, decidindo a ordem jurídica, enquanto as regras são leis reforçadas, as quais esgotam-se em si mesmas, não exercendo força além do seu próprio significado.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 128.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141-143.

¹¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 109-110.

¹¹⁹ Retomando o sistema jurídico da *civil law*.

Para além dessa diferenciação, ressalta que possivelmente a distinção mais importante esteja atrelada ao tratamento que a ciência do direito conferiu a essas espécies normativas. Para as regras, mostra-se importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações, já que elas proporcionam os critérios das ações ou omissões do homem, ou seja, o que deve ou não ser feito. Os princípios, diversamente, proporcionam critérios para a adoção de posicionamentos em situações concretas que, de início, parecem indeterminadas. Os princípios, portanto, somente alcançam seu significado e alcance em situações concretas, não sendo possível compreender seu alcance e conteúdo abstratamente.

Segundo explica, as regras são, portanto, aplicadas passivamente e de forma mecânica, enquanto os princípios exigem uma tomada de decisão¹²⁰.

Ao tratar sobre o duplo escopo normativo dos princípios, Zagrebelsky explica que, sob o ponto de vista tradicional do positivismo jurídico, os princípios desempenham uma importante função suplementar, integrativa ou corretiva das regras jurídicas. Operam para aperfeiçoar a ordem jurídica e ganham lugar quando as outras normas não possuem condições de desenvolver, total ou satisfatoriamente, sua função reguladora. Trata-se de uma função criativa do direito¹²¹.

Ocorre que os princípios também desempenham uma função na prática do direito. Ao se considerar a diferença estrutural dos princípios e das regras, percebe-se a impossibilidade de reduzir o alcance dos princípios a uma mera função acessória das regras. Embora os princípios não determinem uma ação a ser realizada, como fazem as regras, eles possuem uma razão autônoma, ou incidência direta, diante da realidade, embora essa incidência direta sobre a realidade – ou seja, a possibilidade de atribuir aos fatos seu próprio valor normativo – seja, não apenas algo não previsto, mas também negado pelo positivismo jurídico. E, segundo explica, na presença dos princípios, a realidade expressa valores e a lei funciona como se governasse uma lei natural¹²².

¹²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 110-111.

¹²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 117.

¹²² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 118-120.

Ressalta, ainda, ser impossível se estabelecer um formalismo de princípios no texto constitucional, que se justifica em razão da pluralidade de princípios e valores que a própria Constituição estabelece. Explica que, em geral, os princípios estruturam-se de acordo com uma hierarquia de valores, de modo que, estabelecer um formalismo de princípios implicaria em uma incompatibilidade com a natureza pluralista da sociedade, o que se mostra inconcebível nas atuais constituições materiais, o que daria espaço para uma ameaçadora tirania essencialmente destrutiva¹²³.

Assim, para que a coexistência de princípios e valores seja possível, necessários que estes percam seu caráter absoluto, ou seja, que percam a condição que eventualmente permitirá que um sistema fechado seja construído a partir de apenas um deles. Refere que em constituições pluralistas os princípios e valores devem ser controlados para se evitar que adquiram caráter absoluto e tornem-se tiranos.

É, assim, da natureza dos princípios e valores, sua capacidade de relativização, a fim de poderem se conciliar reciprocamente, cuja característica os distingue das regras, pois, enquanto as regras aplicam-se na esfera do tudo ou nada, os princípios atuam na dimensão do peso e da importância¹²⁴.

Resulta, assim, segundo Zagrebelsky¹²⁵, a compreensão de que a dimensão do direito por princípios é a mais adequada para a sobrevivência de uma sociedade pluralista, pois estas, acaso desejem preservar seu caráter pluralista, precisam afirmar esses valores imensuráveis, ou seja, valores que não possuem preço.

1.3.2 Colisão de princípios e conflito de regras

Segundo a concepção de Alexy¹²⁶, no campo da antinomia entre normas, tem-se que os princípios, enquanto mandamentos de otimização, entram em colisão;

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 124.

¹²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 125.

¹²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 125-126.

¹²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 94.

as regras, por sua vez, enquanto normas que sempre são, ou não, satisfeitas, entram em conflito. A colisão entre princípios, assim, soluciona-se na dimensão do peso e/ou da importância, enquanto o conflito entre regras soluciona-se na dimensão da validade.

Ao se cogitar o conflito entre duas regras, assim, duas são as soluções possíveis: ou se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, ou uma dessas regras precisa ser declarada inválida. Essa resolução, assim, ocorre notadamente, porque regras são normas jurídicas que ou são válidas, ou não o são, já que o conceito de validade jurídica não é graduável¹²⁷.

Essa antinomia própria (entre regras), aparente, e, portanto, solúvel¹²⁸, conforme denomina Bobbio¹²⁹, é solucionada por meio de três critérios, na seguinte ordem: a) critério cronológico, segundo o qual entre duas regras incompatíveis, a lei posterior prevalece sobre a anterior¹³⁰; b) critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), o qual estabelece que, entre duas regras incompatíveis, prevalece a de hierarquia superior; c) critério da especialidade¹³¹, segundo o qual entre duas regras incompatíveis, uma especial e outra geral, prevalece a primeira.

Alexy, na mesma linha, refere que esse problema de conflito entre as regras pode, ainda, ser passível de solução por meio do proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. Explica, contudo, que ainda que adote tal solução, está estará se realizando e tomando por base o campo da validade da norma-regra¹³².

A colisão entre princípios, por outro lado, soluciona-se de maneira completamente diversa – opera-se na dimensão do peso e de acordo com a lei da

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 92-93.

¹²⁸ Bobbio denomina as antinomias insolúveis de antonímias reais (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 91-93).

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 91-93.

¹³⁰ *Lex posterior derogat legi priori* (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 93).

¹³¹ *Lex specialis derogat legi generali* (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 93).

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 93.

colisão. Os princípios, quando aplicados no caso concreto, possuem pesos diferentes, de modo que o princípio com maior peso tem precedência.

Resolve-se, assim, a colisão entre princípios, por meio do sopesamento entre os interesses conflitantes, de modo que aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como princípio, mas como “direito fundamental” (ou pretensão ou interesse). A solução para a colisão, portanto, estabelece-se a partir de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, baseando-se nas circunstâncias do caso concreto¹³³. Assim, a partir do caso concreto:

[...] o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária¹³⁴.

Pode-se falar, ainda, em relação de precedência incondicionada ou em precedência abstrata, em cuja situação não há relação de precedência entre um princípio ou interesse sobre o outro – tal afirmação é válida para as colisões entre princípios de direito constitucional¹³⁵.

Em uma relação de precedência condicionada, contudo, a solução opera-se por meio do peso, ou seja, verifica-se quais dos interesses em conflito possui um peso significativamente mais importante do que o outro, considerando-se o caso concreto¹³⁶.

Logo, aplica-se a lei da colisão, a qual estabelece que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹³⁷.

Alexy¹³⁸ destaca, ainda, um distinto caráter *prima facie* entre essas espécies normativas – regras e princípios. Princípios não possuem um mandamento definitivo em si mesmos. Eles detêm um caráter *prima facie*, ou seja, significa dizer

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 94-95.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 96.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 97.

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 97.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 104.

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 102-103.

que a sua realização, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ocorre (ou realiza-se) na maior medida possível. Regras, por sua vez, ordenam algo a ser realizado, possuindo uma determinação da extensão de seu conteúdo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas; da aplicação das regras, acaso não falhem, resulta exatamente aquilo que a norma-regra prevê.

Nessa linha, ainda que as regras possam perder seu caráter definitivo por meio do estabelecimento de cláusulas de exceção – cláusula esta que pode, inclusive, decorrer da aplicação de um princípio –, não perderão elas o caráter *prima facie*, o qual difere substancialmente do caráter *prima facie* dos princípios. É que estes últimos somente cedem lugar quando, na sua aplicação ao caso concreto, for conferido maior peso a um princípio antagônico¹³⁹.

Alexy¹⁴⁰ também expõe regras e princípios como razões para as normas; logo, indiretamente, seriam razões para ações. Princípios, assim podem servir de razões para regras, como também de razões para ações; regras, na mesma linha, podem servir de razões para outras regras, ou de razões para ações.

Essa última diferenciação permite, ainda, a identificação de um novo e diferente caráter entre ambos: regras são razões definitivas e princípios são sempre razões *prima facie*. É que a regra, enquanto razão, além de se exigir que seja válida e aplicável, ela sempre será uma razão definitiva; princípios, por sua vez, ao exigirem um caminho a ser percorrido, para sua aplicação no caso concreto - o qual passa por uma definição da relação de preferência, relação esta que se estabelece por meio da lei de colisão – , serão sempre razões *prima facie*¹⁴¹.

Ao estabelecer a relação dos princípios com o critério da generalidade, Alexy¹⁴² refere que esse critério é apenas relativamente correto, já que há regras que também possuem um alto grau de generalidade. Assim, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o conteúdo axiológico das regras, e aqueles assumem importância substancial para o ordenamento jurídico.

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 105.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 107-108.

¹⁴¹ Princípios nunca são, em si mesmos, razões definitivas (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 107).

¹⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 109-110.

O autor cita três objeções a esse conceito de princípios. Segundo a primeira, a colisão entres princípios poderia ser resolvida por meio da declaração de invalidade: refere, contudo, que tal não se sustenta, já que a colisão entre princípios, enquanto conceito, tem como pressuposto a validade dos princípios colidentes.

Pela segunda, haveria princípios absolutos: rebate, contudo, demonstrando essa impossibilidade. Aduz que os princípios podem se referir tanto a direitos coletivos como a direitos individuais; logo, caso o primeiro possuísse natureza absoluta, não haveria como estabelecer limites jurídicos a ele, e, acaso o segundo assim o fosse, não haveria como garanti-lo a mais de um sujeito.

Nessa linha, merece referência a peculiar situação do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja norma, para Alexy, também não é absoluta, possuindo, contudo, duplo caráter: em parte caráter de princípio e em parte caráter de regra. Segundo Alexy, é a relação de preferência do princípio da dignidade da pessoa humana que determina a regra da dignidade humana; logo, não é o princípio que possui caráter absoluto, mas a regra que se extrai da relação de preferência por ele abrangida¹⁴³. Segundo esse autor, portanto, inexistem direitos fundamentais absolutos.

A terceira objeção, por fim, refere-se à amplitude do conceito de princípio, ao argumento de que Alexy apresentaria um conceito que seria demasiadamente amplo: enquanto Alexy defende que o conceito de princípios pode se referir tanto a interesses coletivos como individuais, para Dworkin, princípios são compreendidos como tipos particulares de padrões¹⁴⁴, destinados a proteger interesses individuais, sendo as normas políticas aquelas destinadas a proteger os direitos coletivos¹⁴⁵. A afastar, Alexy¹⁴⁶ destaca a inconveniência de se vincular o conceito de princípios exclusivamente a interesses individuais, nada obstante a importante distinção entre estes e os interesses coletivos. Haveria, assim, conveniência na adoção de um amplo conceito de princípios.

¹⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 113-114.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 141-142.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 115-116.

1.3.3 A máxima da proporcionalidade

Por certo que há íntima conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, de Alexy. Esta, com suas três máximas parciais - da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito – também denominada de ponderação, mandamento do sopesamento propriamente dito -, decorre da natureza dos princípios¹⁴⁷.

Princípios, como visto, constituem-se em mandamentos de otimização, de modo que a exigência de sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) decorre da relativização das possibilidades jurídicas, enquanto as máximas parciais da necessidade e da adequação decorrem da exigência de sopesamento em face das possibilidades fáticas¹⁴⁸.

Logo, ao se analisar os três subprincípios, tem-se que o exame da máxima da necessidade realiza-se a partir do cotejo entre o objetivo a ser realizado e a utilização do meio menos gravoso. A análise da adequação, nessa linha, também não encontra dificuldade, já que se realiza na verificação quanto ao meio escolhido, se adequado à finalidade pretendida. Por fim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito¹⁴⁹, deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, porquanto ocorre por meio do sopesamento em face das possibilidades jurídicas, por meio do qual se avalia a restrição de um direito pretendido em face da importância de outro¹⁵⁰.

Nessa linha, o modelo de normas de direitos fundamentais adotado e aceito - o qual rejeita um modelo puro de regras e um modelo puro de princípios – consiste em um padrão misto, que se desenvolve em um nível de princípios - cuja referência mais importante consiste na constatação da indeterminação destes -, e em um outro nível de regras - que consistem, de um lado, em um meio de positivação de princípios

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 116-117.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 118.

¹⁴⁹ Também denominada de princípio da proporcionalidade (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 117).

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 118-120.

e, de outro, uma tentativa de estabelecer determinações em razão da exigência de princípios contrapostos¹⁵¹.

Desse modo, tanto as regras quanto os princípios estabelecidos pelas disposições dos textos constitucionais são normas constitucionais, e, ao se cogitar sobre a questão da hierarquia constitucional entre esses níveis, Alexy refere que a única resposta possível é a ocorrência da primazia do nível das regras. Nesse viés, explica:

[...] Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios. [...] ¹⁵²

Ocorre que não se está a tratar, no caso, de uma relação de primazia tão rígida, podendo essa relação sofrer modificação quando presentes razões para outras determinações, que não aquelas constantes no nível das regras, serem tão fortes, que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.

O fato, contudo, de decorrerem, das disposições de direitos fundamentais, duas espécies de normas – princípios e regras – não significa dizer que as normas de direitos fundamentais possuam necessariamente esse mesmo duplo caráter, já que assumem, de início, ou a natureza de princípios ou a natureza de regras. Podem, contudo, assumir um duplo caráter se nelas estiverem reunidos ambos os níveis¹⁵³.

1.4 A ESFERA DO NÃO-DECIDÍVEL

Parte-se do contributo de Ferrajoli¹⁵⁴ que, ao percorrer o termo Garantismo enquanto sinônimo de “Estado de Direito”, explica que sua conceituação não abrange apenas um Estado regulado pelas leis, mas um modelo de Estado que se caracteriza

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 135 -139.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 140.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 141.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 790.

a) em um plano formal – também denominado de fonte de legitimação formal -, pelo princípio da legalidade, segundo o qual todos os poderes estão subordinados às leis gerais e abstratas, estas que disciplinam as formas de exercício dos poderes, cujo controle é exercido pelos juízes; b) em um plano substancial de funcionalização dos Poderes à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos – também denominado de fonte de legitimação substancial -, pela incorporação das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações dos direitos sociais, como também pelos poderes dos cidadãos de buscarem a tutela jurisdicional.

Segundo o autor, a partir dessas duas fontes não existe, nos Estados de Direito, poder desregulado, nem atos de poder sem controle, de modo que todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos ao conteúdo e à sua forma, cuja violação acarreta a invalidez judicial e responsabilização de seus autores.

Nessa linha, o jurista italiano identifica essas duas fontes de legitimação com os dois modelos de legalidade, quais sejam, a fonte de legitimação formal ao modelo de legalidade em sentido lato – ou princípio da mera legalidade, segundo o qual o exercício de qualquer poder deve ter como fonte a lei –, e a fonte de legitimação substancial à legalidade em sentido estrito, porque de conteúdo substancial¹⁵⁵.

Assim, de acordo com sua contribuição, o válido exercício do poder está condicionado às condições formais e substanciais de legitimação, cuja distinção, para o autor, mostra-se essencial para explicar a natureza da relação entre democracia política e Estado de Direito. Logo, condições formais e substanciais formam o objeto de dois diferentes tipos de regras, as regras sobre: a) *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, que se referem à forma de governo, de cuja natureza destas depende o caráter do sistema político (regime político democrático, oligárquico ou monárquico); e b) as regras sobre *o que* se deve ou não se deve decidir, que são afetas à estrutura dos poderes, de cuja natureza delas depende o caráter do sistema jurídico, se de direito, absoluto ou totalitário¹⁵⁶.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 791.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 791.

Tomando como exemplo a Constituição Italiana, refere que as regras do primeiro tipo servem para caracterizar o Estado como democrático, enquanto as da segunda espécie caracterizam-no como Estado de Direito, sendo estas as que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo *o que* não se deve, ou se deve, decidir, e apontando, para tanto, as vedações legais e as obrigações aos poderes do Estado. Refere que, de um lado, estão as vedações legais de suprimir ou limitar, desde que taxativamente previsto, os direitos de liberdade, de opinião, de culto, de circulação, de associação; e, de outro, as obrigações de cunho social, quais sejam, de promover condições de igualdade, reduzir desigualdades, dentre outros.

Situa que o Estado moderno, historicamente, nasceu como um Estado de Direito limitado por vedações – também denominados de deveres de não fazer ou de deveres negativos – e desvinculado de deveres positivos de fazer, ou seja, de obrigações, e que desde as primeiras cartas fundamentais (fazendo menção à Magna Carta de 1215 até às Constituição do século XIX), o conteúdo dos estatutos e das Constituições versava sobre regras sobre o limite dos poderes, e não sobre a fonte ou suas formas de exercício. A limitação do poder soberano, nesse viés, precede à existência do Estado democrático-representativo, de modo que a primeira regra de todo pacto constitucional é de que nem tudo se pode decidir, ou seja, de que nem tudo é decidível em um Estado de Direito, nem mesmo pela maioria¹⁵⁷.

Sob esse aspecto, compreende-se o Estado de Direito como o “sistema de limites substanciais impostos legalmente os poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais”¹⁵⁸, este que se contrapõe ao Estado absoluto. E, mesmo em uma democracia perfeita, seja ela representativa ou direta, a inexistência de limites ao poder do povo, implicará em um regime absoluto ou totalitário, ou seja, as suas regras podem determinar da melhor forma quem pode decidir e como deve decidir, mas estas regras não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão, ou seja, o que se deve, ou não, decidir. Trata-se, assim, a esfera do não decidível, da garantia de direitos vitais e constitui condição indispensável para convivência social pacífica¹⁵⁹.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 792.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 792.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 792-793.

Hesse¹⁶⁰, nesse viés, ao tratar sobre a força normativa da Constituição e citar o conflito que se estabelece, muitas vezes, entre a realidade fática e as normas constitucionalmente asseguradas, ressalta a necessidade de afirmação das normas constitucionais e de seu valor. Ressalta que a Constituição adquire força normativa na medida em que obtém êxito em realizar a pretensão de sua eficácia, o que exige o estabelecimento e realização de limites no contexto em que se encontra inserida¹⁶¹.

Ferrajoli¹⁶² explica que o nascimento dos direitos vitais¹⁶³ do homem ocorreu somente com a inovação institucional do Estado de Direito - embora esses direitos como “naturais” e a sua garantia com condição de legitimidade do Estado e do pacto social por ele assegurado tenham sido concebidos a partir do pensamento jusnaturalista e contratual do Iluminismo -, mas que a partir da constitucionalização de deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos invioláveis, pois são esses deveres públicos, ou obrigações, que formam as garantias dos cidadãos.

Expõe, assim, adotando-se um sentido substancial e social de democracia, o Estado de Direito como resultado do conjunto das garantias liberais – que requerem do Estado prestações negativas consistentes em um não fazer e que correspondem ao modelo de Estado liberal – e do conjunto das garantias sociais – que exigem do Estado prestações positivas, obrigações de fazer, e implicam no Estado social –, o qual equivale à democracia, já que reflete, além da vontade da maioria, os direitos fundamentais de todos.

Seguindo esse pensamento, explica que o garantismo, enquanto técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, que visa determinar o que o Estado (poderes públicos) deve e o que ele não deve decidir, em sentido conotativo, aproxima-se da democracia substancial, na qual as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais (vitais) dos cidadãos em face dos

¹⁶⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 2.

¹⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 5-6.

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 793.

¹⁶³ Enquanto direitos vitais, ao lado dos direitos de liberdade (aos quais corresponde a obrigação de não fazer), as Constituições do século XIX também tem reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais, que são os denominados direitos sociais (também chamados de materiais, aos quais consiste uma obrigação estatal – ou dever público de fazer) (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 794).

poderes do Estado, a tutela das minorias marginalizadas em relação às majorias integradas, os interesses dos fracos em relação aos fortes.

Daí que o conceito de democracia formal ou política está atrelado ao princípio da maioria como fonte de legalidade, ou seja, ao Estado político representativo – a quem e como se deve decidir –, enquanto a democracia substancial ou social refere-se ao conteúdo, ao Estado dotado de efetivas garantias, ou seja, ao que se deve e não se deve decidir¹⁶⁴.

O garantismo, segundo explica, em uma das suas formas, coincide com a forma de tutela dos direitos vitais do cidadão – direitos fundamentais –, os quais se realizam por meio da posituação no Estado de Direito – ponto de vista interno –, possuindo estreita relação, portanto, com a esfera do não decidível nos ordenamentos jurídicos¹⁶⁵.

Ao tratar sobre os direitos fundamentais e seus limites, Ferrajoli¹⁶⁶ argumenta que estes correspondem aos valores e a carências vitais da pessoa, histórica e culturalmente determinados, a partir dos quais – da qualidade, quantidade e grau de garantia – pode ser verificada a qualidade da democracia e quantificado seu progresso.

Assinala, assim, a existência de direitos fundamentais absolutos, os quais seriam hierarquicamente supra ordenados a todos os outros e não limitados por qualquer razão, menos ainda em razão da tutela de outros direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida, da liberdade de consciência e de opinião¹⁶⁷.

Na linha da esfera do que não se deve decidir, Hesse¹⁶⁸ assenta a necessidade de as normas constitucionais converterem-se em força ativa, o que exige não apenas que se faça presente, na consciência dos principais responsáveis pela

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 797-798.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 800.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 843.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 843-844.

¹⁶⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 7.

ordem constitucional, a vontade de poder¹⁶⁹, mas também a vontade de Constituição¹⁷⁰.

Ressalta Hesse¹⁷¹ que é da força normativa da Constituição que decorrem seus limites, decorrendo, daí, também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver sua força normativa, os quais se referem tanto ao conteúdo como à *práxis* constitucional.

Destaca, nessa linha, dois requisitos. O primeiro que se refere à necessidade de o conteúdo das normas constitucionais corresponder à natureza singular do presente, incorporando o estado espiritual de seu tempo e se mostrando em condições de se adaptar a eventual mudança. Sob esse aspecto, refere, quanto aos direitos fundamentais, a necessidade de o texto constitucional limitar-se, o quanto possível, a estabelecer alguns poucos princípios fundamentais - cujo conteúdo, caso se apresentem novas características em razão de mudanças sociais e políticas, apresente-se em condições de ser desenvolvido – e a observância da impossibilidade de direitos fundamentais existirem sem deveres – pois, conforme destaca, “direitos fundamentais não podem existir sem deveres”¹⁷² -, já que não se mostra possível concretizar princípios fundamentais de forma absoluta, sob pena de se ultrapassar a força normativa.

O segundo requisito está atrelado ao fato de que um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição, além do seu conteúdo, também depende de sua *práxis*. Logo, aquilo que é identificado como a vontade da Constituição deve ser preservado, revelando-se perigosa a tendência voltada à frequente revisão do texto constitucional em razão de suposta necessidade política¹⁷³. Refere Hesse, sob essa ótica, que a interpretação assume significado decisivo nesse processo, submetida ao princípio da concretização da norma. Segundo o autor, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o

¹⁶⁹ Que denomina de “*Wille zur Macht*”.

¹⁷⁰ Também denominada de “*Wille zur Verfassung*”.

¹⁷¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 8.

¹⁷² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 8.

¹⁷³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 8-9.

sentido da proposição normativa, dentro das condições concretas de uma determinada situação, sentido este que também constitui ou estabelece o limite da interpretação, bem como o limite de qualquer mutação normativa. Menciona o autor que:

Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente¹⁷⁴.

Alexy, ao abordar a temática sob a denominação de restrições a direitos fundamentais, refere que duas são as teorias que versam a respeito. De acordo com a primeira, a possibilidade de restrição a direitos sugere a existência do direito em si e também do direito restringido, dentre os quais há uma relação, que é a relação do direito restringido. Tal concepção, comumente chamada de teoria externa, não se cuida de uma relação necessária, mas de uma relação que é criada a partir da necessidade (externa) de conciliar direitos¹⁷⁵.

Segundo a teoria interna, por outro lado, a base de sustentação não é em duas coisas – o direito e sua restrição – mas apenas uma, qual seja, o direito com um determinado conteúdo. De acordo com essa teoria, o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite.

Nessa linha, refere que a identificação da teoria correta a ser aplicada está diretamente relacionada à concepção da norma de direito fundamental, ou seja, sua posição como regra ou como princípio (significa dizer: posições definitivas ou posições *prima facie*). Assim, se identificada uma posição definitiva – ou seja, uma norma com natureza de regra – aplica-se a teoria interna, e, ao revés, se a natureza da proposição é *prima facie*, deve ser aplicada a teoria externa.

Logo, na concepção dos princípios, o que é restringido não é o bem protegido, mas um direito *prima facie*. De outro modo, na concepção das regras, o que

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 9

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 277.

são restringidos são os bens constitucionalmente protegidos – a exemplo das liberdades fundamentais -, chegando-se à conclusão de que as posições de direitos fundamentais não podem ser restringidas.

Por certo que somente podem sofrer restrições as normas que forem compatíveis com a Constituição, de modo que as restrições a direitos fundamentais podem assumir, portanto, tanto a posição de regras como a posição de princípio, podendo, inclusive, os princípios de direitos fundamentais, serem restringidos¹⁷⁶.

Ocorre que princípios restridores, por si sós, não resultam em proposições definitivas, de modo que para o alcance destas se mostra necessário o sopesamento entre o princípio atingido e o princípio que o restringe, de cuja relação (sopesamento) resulta uma regra¹⁷⁷.

Assim, duas são as espécies de restrições a direitos fundamentais: a) restrições diretamente constitucionais, as quais podem ser restringidas somente por meio de normas de mesma hierarquia ou em virtude delas¹⁷⁸; e b) restrições indiretamente constitucionais, as quais se referem à autorização constitucional para alguém exercê-la, a exemplo das cláusulas de reserva explícitas¹⁷⁹.

Ocorre que, inclusive a restrição quanto à restringibilidade dos direitos fundamentais possui limites, pois direitos fundamentais, nessa qualidade, constituem restrição a sua própria restrição e restringibilidade¹⁸⁰.

Por certo que, segundo Hesse¹⁸¹, ao mesmo tempo em que as normas constitucionais não estão desvinculadas da realidade concreta histórica de seu tempo, também não estão simplesmente condicionadas a essa realidade, de modo que em caso de eventual conflito, a Constituição não pode ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Cabe ao Direito Constitucional preservar, modestamente,

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 277-281.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 284.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 286.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 291-292.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012. p. 295.

¹⁸¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 10-11.

consciência de seus limites, pois a própria força normativa da Constituição possui limites.

Hesse¹⁸² também expõe que, para que se estabeleça a força normativa da Constituição, os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados, constituindo eles limites ao poder de revisão do texto constitucional, o que confere preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado de soberania popular.

Destaca Hesse¹⁸³, assim, que a satisfação do problema relativo à força normativa da Constituição, exige a satisfação dos pressupostos atinentes à preservação de seu conteúdo e à prática da Constituição, os quais devem estar plenamente satisfeitos, e, nessa linha, também destaca a importância da força normativa das várias disposições constantes na Lei Fundamental, cuja questão, não raras vezes, decorre de uma tensão entre o Direito Constitucional e a realidade constitucional posta.

Canotilho¹⁸⁴, ao abordar o tema relativo às restrições a direitos fundamentais, refere que à análise da restrição de direitos, liberdade e garantias, precede o conhecimento sobre o âmbito de proteção das normas constitucionais, ou seja, determinar os bens jurídicos protegidos pela norma, a extensão da proteção que lhe é concedida, e se a própria Constituição a ele estabelece restrição imediata – restrição constitucional expressa – ou autoriza a lei a restringi-lo, o que denomina de reserva de lei restritiva.

Segundo ele, ultrapassada essa primeira etapa, a análise exige a averiguação do tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva, já que uma restrição legal de direitos fundamentais existe quando o âmbito de proteção de um direito previsto em uma norma é direta ou indiretamente limitado por meio de uma lei. Refere que as leis restritivas, em linhas gerais, diminuem ou limitam possibilidades de

¹⁸² HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 13.

¹⁸³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 13-14.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1275.

ação que estão garantidas pelo âmbito de proteção da norma, bem como a eficácia de proteção do bem jurídico inerente ao direito fundamental por ela protegido¹⁸⁵.

Estabelece, assim, três espécies de restrições a direitos fundamentais, quais sejam: a) restrições constitucionais denominadas de diretas ou imediatas, que consistem nas restrições que estão diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais, garantidoras de direitos; b) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição, também denominada de reserva de lei restritiva, que são as restrições autorizadas ou permitidas, de forma expressa, pelos preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias; e c) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, consistentes nos limites constitucionais que não se encontram expressos na norma garantidora, mas que são admitidos pela necessidade de resolução de direitos.

Canotilho¹⁸⁶ refere que embora o reconhecimento desse último tipo de restrição, não escrita ou não expressamente autorizada pela norma constitucional - por algumas doutrinas identificadas como limites imanentes -, seja problemático, sua admissibilidade se justifica, no contexto sistemático da constituição, para resguardar outros direitos ou bens jurídicos por ela protegidos.

Sarlet¹⁸⁷ assenta a existência de substancial consenso no sentido de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como também por normas legais promulgadas com fundamento no texto constitucional. Refere que há, ainda, quem inclua uma terceira possibilidade de restrição, decorrente da colisão entre diferentes direitos fundamentais, ainda que inexistia restrição expressa, ou autorização desta, por parte do legislador. Ressalta que embora essa espécie não esteja expressamente incluída no texto constitucional, decorre de situações de conflitos entre esses direitos, cuja solução amplamente preconizada afirma a necessidade de respeito às disposições constitucionais e de harmonização dos preceitos.

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1276.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1276-1277.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 411 e 413.

Explica, assim, que são basicamente dois os grupos ou espécies/possibilidades de limitações definidas no texto constitucional: a) no âmbito das limitações diretamente constitucionais, a possibilidade de restrição decorre de previsão (limitação) expressa no próprio texto constitucional; e b) na esfera das restrições indiretas, ou seja, das restrições estabelecidas por lei em sentido formal, estas são realizadas a partir de disposições constitucionais que autorizam o legislador infraconstitucional a intervir no âmbito de proteção desses direitos, restringindo-os (cuida-se das reservas legais).

Ensina, ainda, que no âmbito das reservas legais, aceitam-se duas distintas espécies. A primeira, denominada de reserva legal simples, ou de primeiro grau, compreende aquelas que estabelecem a proteção de um direito fundamental sem estabelecer objetivos específicos ou pressupostos a serem observados quando da restrição – trata-se, assim, de uma atribuição de competência mais ampla de restrição ao legislador infraconstitucional. A segunda, de outro lado, compreende a reserva legal qualificada, ou de segundo grau, cuja norma estabelece um objetivo ou pressuposto a ser atendido pelo legislador ordinário para estabelecer limites aos direitos fundamentais¹⁸⁸.

Por certo que, eventuais limitações a direitos fundamentais exigem e somente serão tidas como justificadas acaso encontrem compatibilidade formal e material com a Constituição. Assim, o controle de constitucionalidade no âmbito formal relaciona-se com a adoção do procedimento e forma adotados pela autoridade estatal, e a investigação da competência, enquanto o controle material refere-se à observância de proteção do núcleo (conteúdo) essencial desses direitos, além do atendimento das exigências da razoabilidade e da proporcionalidade (sentido amplo)¹⁸⁹, e da observância da proibição do retrocesso¹⁹⁰, categorias essas que

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 411-412.

¹⁸⁹ Assenta que o princípio aqui referido é o da proporcionalidade em sentido amplo, o qual abrange os três subprincípios: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito; embora haja divergência doutrinária e há quem defenda, por conta disso, a desnecessidade da utilização do último subprincípio – onde, para Alexy, ocorreria a ponderação -, ao argumento de que este último dá margem a excesso de subjetivismo (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 416-418).

¹⁹⁰ Segundo o autor, a proibição do retrocesso está situada no contexto da segurança jurídica, a partir da qual resulta que a dignidade da pessoa humana exige, além da proteção em face de atos de cunho retroativo, uma proteção contra medidas retrocessivas. No Brasil, está sustentado, dentro outros

assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais¹⁹¹ – tratam-se de verdadeiras barreiras às restrições desses direitos que atuam como garantidoras da eficácia dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões¹⁹².

Especificamente quanto ao controle constitucional de âmbito material, ou seja, de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, Sarlet manifesta que embora a Constituição da República Federativa do Brasil não tenha agasalhado expressamente essa garantia, a Suprema Corte tem utilizado o núcleo essencial para interpretar as limitações dispostas no art. 60, § 4º, do atual texto constitucional, o qual dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”¹⁹³.

Tratando-se de uma limitação material ao poder constituinte reformador¹⁹⁴, assenta Silva¹⁹⁵ que a impossibilidade de restrição decorrente do art. 60, § 4º, não abarca apenas a impossibilidade de modificação expressa, mas também a vedação de modificação de qualquer elemento conceitual dessas matérias, bastando que a proposta tenda a sua abolição.

Nesse viés, Sarlet¹⁹⁶ também refere, quanto aos limites materiais, que estes podem ser de natureza implícita, que consistem na impossibilidade de se

argumentos, no princípio do Estado democrático e social do Direito, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da máxima efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, do texto constitucional) (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 454 e 465).

¹⁹¹ Explica o autor que a Constituição da República Federativa do Brasil não prevê expressamente no texto constitucional os limites aos limites dos direitos fundamentais, cuja noção, contudo, foi recepcionada doutrinária e jurisprudencialmente no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 414.

¹⁹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

¹⁹⁴ O autor refere a classificação quanto aos limites de reforma da Constituição, cuja distinção está traçada a partir da existência de dois poderes constituintes: Poder Constituintes Originário e poder Constituinte Reformador, o primeiro que se refere ao poder de elaborar a Constituição e o segundo de alterá-la, assentando que as limitações a este último classificam-se em limitações formais (vinculadas ao procedimento), temporais (atreladas ao tempo) e materiais (relacionam-se ao conteúdo) (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 422 e 428-431).

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 69.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 431-435.

realizar uma reforma parcial ou total que tenha por objeto os princípios fundamentais da ordem constitucional, a exemplo dos arts. 1º a 4º do texto constitucional, e os limites materiais explícitos, ou seja, aqueles assegurados por meio do art. 60, § 4º, da CRFB/88, comumente denominados de cláusulas pétreas.

Destaca, assim, que os direitos fundamentais, em razão da previsão legal acima citada, constituem atualmente limite material expresso no texto constitucional, abarcados, portanto, como cláusulas pétreas, cuja classificação assume, desde logo, uma dupla função, qual seja, a de proteger o conteúdo que compõe a identidade e estrutura essencial da Constituição, impedindo que ele seja esvaziado - constitui, assim, uma proibição de ruptura de sua essência -, e, concomitantemente, não se opõe ao desenvolvimento ou modificação que preserve o conteúdo contido nos princípios. Segundo o autor, trata-se, assim, de uma intangibilidade que não é absoluta¹⁹⁷.

Enuncia, assim, que não se trata de uma proteção do dispositivo constitucional em si, mas sim do princípio nele contido, impedindo este de ser esvaziado por meio de uma reforma constitucional, de modo que mera modificação do enunciado não implica, necessariamente, em uma inconstitucionalidade em si. Assenta, nesse viés, que a função precípua das cláusulas pétreas é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, o que se expressa, com particular relevância, no caso dos direitos fundamentais, já que cada direito fundamental acaba sendo parte integrante do sistema constitucional. Embora a função de cláusula pétrea impeça, assim, a supressão dos direitos fundamentais consagrados pelo constituinte, não impossibilita a realização de ajustes e de restrições¹⁹⁸.

Por fim, segundo Sarlet¹⁹⁹, a abrangência das cláusulas pétreas na esfera dos direitos fundamentais, dada a redação do art. 60, § 4º, inciso IV, que menciona os direitos e garantias individuais, abrange não apenas os direitos e garantias individuais previstos no rol do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, mas

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 435 e 439.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 439 e 446.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 441.

também todos os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, ainda que não integram o Título II, já que são, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns estejam previstos como de expressão coletiva.

CAPITULO 2

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO DIREITO ESTRANGEIRO E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A compreensão sobre a garantia da Presunção de Inocência²⁰⁰ no ordenamento jurídico brasileiro exige aprofundada análise da origem e evolução histórica do princípio, mostrando-se, ainda, primordial a compreensão da dimensão que essa garantia assume nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, especialmente sob a ótica do ordenamento jurídico de Portugal – abarcando-se, aqui, também o estudo do princípio na Argentina, no Chile, na Itália e na Espanha –, para então adentrar no exame dessa garantia no ordenamento jurídico interno.

2.1 ORIGEM E ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

De início, emerge a dúvida quanto à denominação a ser utilizada, se Presunção de Inocência ou Presunção de Não-Culpabilidade²⁰¹.

Giacomolli²⁰², a esse respeito, elucida que as denominações presunção de inocência, compreendida como uma formulação positiva, e presunção de não-culpabilidade – que assume o sentido de uma formulação negativa –, assumem

²⁰⁰ Para a categoria Presunção de Inocência é adotado o conceito operacional, inserido no art. 5º, LVII, da CRFB/88, o qual descreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

²⁰¹ Sabe-se que o termo culpabilidade assume sentidos distintos. De acordo com Busato, ao menos três são as perspectivas de análise da categoria: a) enquanto categoria dogmática, integrando o próprio conceito de delito, de acordo com a teoria a ser adotada; b) como elemento de graduação da pena; e c) a culpabilidade como princípio, “que pode ser compreendida também como uma garantia contra os excessos da responsabilidade objetiva e também como uma exigência que se soma à relação de causalidade para reconhecer a possibilidade de impor a pena”, cujo princípio, tradicionalmente denominado princípio da culpabilidade, atualmente se identifica com funções que incluem a de limitar o direito de punir do Estado, incluindo ou pressupondo, dentre outros princípios, o princípio da presunção de inocência (BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 2632-2647)). Na presente pesquisa, frisa-se, o conceito operacional da categoria Culpabilidade está atrelado ao terceiro sentido, ou seja, culpabilidade enquanto princípio, no sentido de responsabilização penal.

²⁰² GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

significados equivalentes, nada obstante possíveis distinções idiomáticas, semânticas ou de purificação conceitual.

Bento²⁰³, a esse respeito – e optando, pela utilização da terminologia presunção de inocência -, refere que a denominação presunção de culpabilidade está associada a uma das mais marcantes características do período da Inquisição, onde vigorava a presunção de que o cidadão era considerado culpado e em cujo sistema não se operava o Trânsito em Julgado²⁰⁴, possibilitando, a todo tempo, a retomada dos autos para se questionar novamente a acusação anteriormente gerada, em uma eterna possibilidade de revisão da ação penal em favor da sociedade.

Refere que a modificação da denominação está associada à uma migração da presunção de culpabilidade para a humanização dos procedimentos, o que se deu especialmente a partir da obra de Cesare Beccaria, intitulada “Dos Delitos e das Penas”, surgindo, a presunção de inocência em oposição à presunção de culpabilidade, como forma de assegurar ao acusado as garantias da plena defesa, objetivando-se evitar, assim, a utilização da tortura como meio de obtenção da confissão, e a condenação mediante a violação de preceitos constitucionais.

Binder²⁰⁵, por sua vez, opta pela formulação negativa do princípio da presunção de inocência, compreendendo que a formulação positiva gera maiores dificuldades em sua interpretação. Refere que a utilização da denominação presunção de inocência gera inúmeras críticas, enquanto a afirmação de que ninguém pode ser declarado culpado até uma sentença que declare sua culpabilidade, possivelmente gera um estado de consenso. Explica, a esse respeito, que não há como referir que qualquer pessoa em uma sociedade esteja em um estado de inocência, mas somente quando ela ingressa no âmbito concreto de ação das normas processuais penais, faz sentido declarar que é inocente, o que significa que, até o momento da sentença, não se pode aplicar a ela as consequências penais.

²⁰³ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32-35.

²⁰⁴ O conceito operacional da categoria Trânsito em Julgado encontra-se definido no Capítulo 2, item 2.2.5.1, a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²⁰⁵ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 124-125.

Badaró²⁰⁶, por fim, ao abordar a questão e indagar se a denominação “presunção de não-culpabilidade” exprime um menor grau de proteção do que a expressão “presunção de inocência”, conclui que as expressões “não-culpável” e “inocência” implicam apenas em variáveis semânticas de um idêntico significado, reconhecendo, assim a equivalência das ideias. Destaca que a busca por tal diferenciação, no âmbito processual penal, implica em um esforço voltado exclusivamente à defesa social, o que se mostra inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Ultrapassada essa questão, e optando, na presente pesquisa, pela utilização da formulação positiva do princípio²⁰⁷, Bento²⁰⁸ ressalta que a evolução do princípio da presunção de inocência é constatada a partir do momento em que se verifica a vulnerabilidade do cidadão em face do exercício da pretensão punitiva estatal. Esse autor, ao remeter os registros históricos à obra de São Tomás de Aquino - denominada *Suma Teológica* -, refere que, desde então, já se encontram os registros para o estudo da presunção de inocência, especificamente no capítulo do “Juízo”, no qual ela é tratada sob dois temas distintos – ou artigos -, um primeiro que descreve ser ilícito julgar com base na simples suspeita (artigo 3º) e um segundo que trata da necessidade de julgamento de acordo com a lei (artigo 5º).

Refere que, ainda que o *in dubio pro reo* tenha como origem o direito romano, sob a influência do cristianismo, o princípio da presunção de inocência constitui regra tradicional do sistema da *common law*, inserindo-se dentre os postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo, realizada pela Revolução Liberal do século XVIII²⁰⁹.

Nesse sentido, ao abordar a evolução histórica e internacional do princípio da presunção de inocência, Giacomolli²¹⁰ também assenta que o marco inicial do

²⁰⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

²⁰⁷ A escolha justifica-se de acordo com a linha de pensamento de Giacomolli, no sentido de que ambas as formulações assumem sentidos equivalentes, como também em razão da importância histórica quanto ao surgimento da presunção de inocência, que nasceu em oposição à presunção de culpabilidade que vigorava na Idade Média.

²⁰⁸ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.19.

²⁰⁹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.27.

²¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 440-441.

surgimento da máxima *in dubio pro reo* é o direito romano, o que se deu por influência do cristianismo, cujo significado era o de valoração da prova, em caso de dúvida, em favor do réu.

Após, com a Magna Carta de 1215, este diploma, em seu art. 39, também proibiu a privação da liberdade e da propriedade em razão de um juízo/prisão injusta, salvo nas situações legalmente previstas e após um julgamento justo por seus pares. Ensina, ainda, que, na *common law* – sistema utilizado nos países de língua inglesa – a presunção de inocência faz nexos com o encargo probatório - e não se denota ligação entre a liberdade pessoal e a presunção de inocência -, o que ocorre em razão do sistema acusatório de processo penal adotado por esse modelo.

Nesse viés, segundo Bento²¹¹, as disposições da Magna Carta fizeram uma progressiva afirmação dos direitos humanos e da instituição do regime democrático de direito, pois além de terem desvinculado da pessoa do rei, tanto a lei quanto a jurisdição, estabeleceram o ditame originário da presunção de inocência – reconhecendo a obrigação de os homens livres serem julgados por seus pares e de acordo com a lei da terra –, como também de outros princípios, como do contraditório, da ampla defesa, e da proibição de provas ilícitas, que constituiu a essência do devido processo legal.

Bento²¹², portanto, comunga do entendimento de uma ligação direta entre o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Assenta que a presunção de inocência, enquanto presunção de não-culpabilidade - compreendida esta como pressuposto para a imposição de uma pena –, enquanto instrumento para o exercício da pretensão punitiva do Estado, constitui um corolário do devido processo legal.

O processo histórico segue com o início da Idade Média e o período da Inquisição, em que, conforme ensina Giacomolli²¹³, mantinha-se uma estrutura de processo penal inquisitório, cujo ponto de partida era a culpabilidade do acusado - e

²¹¹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 27-28.

²¹² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 29.

²¹³ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 440-441.

não sua inocência -, de modo que à formação de um juízo condenatório bastava um simples indício, enquanto a inocência precisava ser comprovada.

Tratou-se, segundo Bento²¹⁴, de um período histórico marcado por arbitrariedades, já que nos processos havia a concentração das atividades investigativa, de acusação e de julgamento, nas mãos de uma única pessoa. Logo, não se observava possibilidade de exercício do contraditório, da ampla defesa, como consequência do devido processo legal, e não havia, portanto, a observância da presunção de inocência.

O modelo inquisitorial, portanto, que vigorou entre o século XII e o final do século XVIII²¹⁵ no continente Europeu, de origem romano-canônica, caracterizava-se pela acumulação das funções de acusação, instrução e julgamento no mesmo órgão, qual seja, o juiz. Sem que fossem asseguradas as devidas garantias ao réu, tal modelo buscava impor a autoridade do Estado sobre a liberdade individual do cidadão.

Conforme explica Bento²¹⁶, inexistia a igualdade enquanto princípio; inexistiam as garantias do contraditório e da ampla defesa. O ônus da prova, nesse contexto, recaía sobre o acusado: presumia-se ele culpado, ao qual cumpria provar sua inocência como modo de evitar a condenação. Diferentemente dos ditames constitucionais existentes no atual Estado Democrático de Direito, vigorava a presunção da culpabilidade, mediante a realização de um julgamento desproporcional, submetendo o cidadão a condições desfavoráveis, mediante a violação da dignidade da pessoa humana e uma complexa inexistência de paridade de armas entre acusação e defesa, desrespeitando-se, ainda, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Esse sistema ainda permitia a utilização da tortura como meio hábil para obtenção da confissão – conforme acima assinalado –, a qual era graduada de acordo com a gravidade da acusação, e o pronunciamento jurisdicional não operava trânsito

²¹⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 31.

²¹⁵ Final da Idade Moderna e início da Idade Contemporânea.

²¹⁶ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 31.

em julgado, permanecendo a possibilidade, a qualquer tempo, de revisão e de condenação, como se fosse uma revisão *pro societa*.

Vigorava, portanto, a presunção de culpabilidade, e foi somente no final do século XVIII, em reação a esse modelo inquisitorial, que nasceu a obra de Cesare Beccaria – “Dos Delitos e das Penas” –, a qual constituiu um dos principais marcos de migração para a humanização do processo penal e estado da presunção de inocência. Essa obra marcou, segundo Bento²¹⁷, a primeira reação consistente contra o poder Estatal em relação ao processo inquisitorial.

Conforme Vilela²¹⁸, a primeira edição remonta ao ano de 1764, e foi a que Voltaire chamaria de o Código da Humanidade. Segundo explica, a obra de Beccaria surge em um momento em que se reclamava por reformas no sistema processual penal, em que humanistas anteriores a Beccaria, como Voltaire e Montesquieu, já haviam escrito acerca da necessidade de se operar uma mudança na mentalidade vigente à época. Não apenas os excessos e arbítrios contribuíram para essa justificativa, mas também a atenção que juristas e pensadores da época conferiram ao modelo britânico de processo penal, que revelava resultados mais humanos, já que detinha uma estrutura acusatória, possuía o tribunal do júri e previa o método de livre convicção²¹⁹.

Em reação, portanto, ao processo inquisitivo, e migrando para a humanização do processo penal, escreveu Beccaria:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.

Eis uma proposição bem simples: ou o delito é certo, ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada pela lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se

²¹⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32-33.

²¹⁸ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 30.

²¹⁹ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 30-31.

o delito é certo, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou²²⁰.

A obra, desse modo, tornou-se um paradigma, despontando para um processo penal oposto ao inquisitivo, e, simultaneamente, sinalizou um importante ponto de partida para o estudo da presunção de inocência. Esse registro da presunção de inocência, consoante anteriormente assinalado, surgiu, portanto, como oposição à presunção de culpabilidade, e veio assegurar ao acusado as garantias de defesa²²¹.

A obra conquistou enorme sucesso na Itália, difundindo-se especialmente na França, quando, então, foi votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²²², em 1789 – que, além de ter se constituído, dois anos depois, no preâmbulo da Constituição de 03 de setembro de 1791, é considerada o marco do primeiro contexto histórico no processo evolutivo do princípio da presunção de inocência.

Ferri²²³ refere que a obra de Beccaria, embora não tenha se utilizado de tamanha técnica jurídica, mas de bom senso e de uma forma mais sentimental, reuniu e exprimiu o protesto contra os horrores das leis penais da época, insistindo na separação entre a justiça divina e a justiça humana, indicando inúmeras reformas, iniciando-se pela abolição da pena de morte e da tortura.

Nesse cenário, foi a partir da transição dos modelos de sistema inquisitivo para o sistema acusatório de processo penal, que a presunção de inocência foi se modificando para assumir importante função em sua estrutura, especialmente quanto à normatização da liberdade e da prova²²⁴.

Segundo expõe Giacomolli²²⁵ o princípio da presunção de inocência foi ganhando forma na Europa ocidental foi a partir das críticas dos pensadores

²²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2015. p. 41.

²²¹ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 31-32.

²²² DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

²²³ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 49.

²²⁴ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 441.

²²⁵ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 441.

iluministas acerca dos sistemas penais, tendo, a inserção do princípio da presunção de inocência, na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (1789), resultado de um debate sobre a relação entre o Estado e a liberdade individual com o direito natural dos cidadãos à presunção de inocência.

Oportuno consignar, a respeito, que, para Varalda²²⁶, historicamente, podem-se considerar três contextos próprios, desenvolvidos nas legislações que abordaram o princípio da presunção de inocência, sob três distintas orientações: o primeiro, a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789); o segundo que se firmou a partir dos debates das escolas penais italianas, culminando com a previsão da presunção de inocência nos termos da redação do art. 27.2 da Constituição Italiana; e o terceiro, que se consolidou pós-Segunda Guerra Mundial, ou seja, notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, subscrita por inúmeros países e seguida por outros textos internacionais.

Nessa linha de pensamento, portanto, tanto para Giacomolli como para Varalda, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foi o marco inicial da positivação do princípio da presunção de inocência, apontando, naquele momento histórico, para um caráter liberal e democrático do processo penal, fortemente influenciado pelo Iluminismo.

Cabe registrar que, para Bento²²⁷, distintamente, foram dois os documentos legais que abarcaram as primeiras positivações do princípio da presunção de inocência: o primeiro consiste na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (que era uma das treze colônias inglesas na América) - que data de 12 de janeiro de 1776 -, e, o segundo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) (1789), que, como visto, surgiu na França também com o intuito de impedir os abusos e limitar os poderes Estatais.

Explica que a Declaração de Virgínia – anterior, portanto, à Declaração de Independência dos Estados Unidos –, foi inspirada principalmente nas teorias de

²²⁶ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 17.

²²⁷ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 36-37.

Locke, Rousseau e Montesquieu, e, além de ter inovado para assegurar garantias de defesa no processo penal e o julgamento por um júri imparcial, abrandou a presunção de culpabilidade do acusado para a possibilidade de se partir da presunção de inocência do cidadão, o que se fez mediante a seguinte disposição:

VIII - Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares²²⁸.

Na sequência, então, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, consoante já ressaltado, constituiu o marco essencial histórico, sobretudo no tocante aos direitos de liberdade, em seu artigo 9º, assim dispôs quanto ao princípio da presunção de inocência:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei²²⁹.

Segundo Vilela²³⁰, traduziu-se, neste primeiro momento, uma aceção da presunção de inocência enquanto modo de tratamento conferido ao réu, rejeitando-se, assim, a presunção de culpabilidade e ligando o estado de inocência à prisão preventiva.

Assinala esse autor que, ao mesmo tempo em que foi uma reação aos abusos cometidos no processo penal à época, embasados no princípio da culpabilidade, a presunção de inocência foi erigida a direito cívico, concedendo-se,

²²⁸ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA. 1776. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 03 set. 2020.

²²⁹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em:

http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

²³⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 34.

para cada cidadão, o respaldo jurídico de sua honra e de sua liberdade, enquanto garantidas pelo Estado e invocáveis no processo penal.

Refere que da Declaração Universal dos Direitos do Homem resultou a primeira aceção que se atribui ao princípio da presunção de inocência, qual seja, o modo pelo qual o réu deve ser tratado no processo penal, afastando a possibilidade de ele ser equiparado a culpado, decorrendo dessa relação, desde logo, o nexos com a prisão preventiva.

Giacomolli²³¹ também revela, como o primeiro grau de concretização do princípio da presunção de inocência, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, anunciou-o de forma expressa e rompeu com o antigo regime.

Varalda²³² refere, então, o segundo contexto histórico das legislações que abarcaram o princípio da presunção de inocência, como sendo o momento ocorrido, de forma particular, na Itália, do qual restaram conhecidas três conhecidas escolas penais, as quais assumiram posturas distintas em relação ao alcance e interpretação do princípio da presunção de inocência, cujos debates culminaram na positivação do princípio na atual Constituição Italiana²³³.

A primeira, denominada Escola Clássica Italiana – herdeira do Iluminismo e cujos expoentes são os pensadores Carmignani e Carrara -, conferiu uma concepção liberal do processo penal, figurando a presunção de inocência como um postulado deste. Propunha que:

[...] o direito penal parte do pressuposto que tem perante si um culpado, punindo de acordo com sua responsabilidade e o direito processual penal parte do pressuposto que tem perante si um inocente para o qual a justiça dirigirá as suas suspeitas²³⁴.

Segundo essa escola, no âmbito do direito penal, a responsabilidade penal do criminoso funda-se no livre arbítrio do homem – este que possui liberdade moral –

²³¹ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 441.

²³² VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 21-22.

²³³ Esta que, consoante explica Giacomolli – e conforme se verá a seguir -, influenciou a positivação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

²³⁴ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 21-22.

, o qual, portanto, é moralmente culpado e responsável pelos seus delitos. Possui como corolário, assim, a punição, enquanto responsabilidade penal, como consequência da responsabilidade moral, de modo que somente podem ser punidos aqueles que possuem a responsabilidade penal, ou seja, o livre arbítrio²³⁵.

No âmbito do processo penal, via de consequência, segundo Carrara *apud* Vilela, a presunção de inocência constituía-se, nessa linha, em absoluta condição de legitimidade de procedimento penal, que fazia da ciência penal sua bandeira, apresentando-a ao julgador, encadeando-a em uma série de preceitos que se constituem em um obstáculo ao erro e um veículo de proteção ao indivíduo²³⁶.

Ferri²³⁷ expõe que, como oposição aos excessos medievais da justiça penal, essa escola expôs e estabeleceu os limites do direito de punir do Estado, invocou a abolição das penas capitais, corporais e infamantes, com uma mitigação destas, além de ter reivindicado todas as garantias para o indivíduo, seja durante o processo ou durante a aplicação da lei punitiva.

Segundo Ferrajoli²³⁸, foi Francesco Carrara quem elevou o princípio da presunção de inocência a postulado fundamental da ciência processual e a pressuposto de todas as outras garantias processuais, embora esse princípio tenha sofrido fortes ataques no final do século XIX - período em que ocorreu um regresso da cultura penalista autoritária e em cujo momento em houve um declínio dessa primeira Escola, tendo a primeira crítica surgido a partir da Escola Positivista.

Ferri²³⁹ – um dos principais expoentes da Escola Positivista (que sucedeu a Escola Clássica), ao lado de Raffaele Garofalo – também refere que houve um inevitável declínio da Escola Clássica, o que teria decorrido devido a dois motivos. O primeiro, pelo excesso de reação aos abusos da justiça penal anteriormente à Beccaria, tendo o réu passado a ser considerado vítima da tirania do Estado, e, por

²³⁵ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodrê de. **As três escolas penaes**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 3ª ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 45.

²³⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 39.

²³⁷ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 58-59.

²³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507.

²³⁹ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**: o criminoso e o crime. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 61.

consequente, houve uma diminuição dos legítimos direitos da sociedade em face do réu. O segundo motivo está atrelado ao resultado que adveio dessa Escola, que implicou no aumento da criminalidade, em evidente contraste com a necessidade de defesa social em razão da prática de crimes.

Ferrajoli²⁴⁰, nesse viés, explica que os pensadores da Escola Clássica consideraram absurda, ilógica e vazia, a fórmula da presunção de inocência. Explica que Garofalo entendia exigível a prisão preventiva obrigatória para os delitos de maior gravidade, e, Ferri, aderiu a modelos de justiça sumária.

Nesse processo, portanto, as escolas que se seguiram²⁴¹ lançaram fortes críticas acerca da acepção da presunção de inocência. A escola Criminal Positivista (ou Antropológica)²⁴², acima referida, baseada na utilização do processo em defesa social - a qual surgiu na Itália, no período de 1876-1880 -, renovou e confirmou o primado das ciências penais, proclamando a Itália como a “pátria do direito penal”²⁴³ (expoentes, como visto, Ferri e Garofalo)²⁴⁴.

Segundo essa escola, no âmbito do direito penal, o livre arbítrio seria uma ilusão subjetiva, desmentida pela físiopsicologia positiva, estando o homem sujeito à lei da causalidade, de modo que seus atos, externos e internos, eram considerados consequências inevitáveis das circunstâncias que lhe influenciavam a vontade (circunstâncias internas e externas)²⁴⁵. A responsabilidade moral, assim, não existiria e não poderia, de modo algum, fundamentar a reponsabilidade penal do criminoso²⁴⁶. Segundo essa escola, a reponsabilidade penal existia, indiferentemente, para todos os indivíduos, e tinha por base e fundamento a responsabilidade social, justificando-

²⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507.

²⁴¹ Escola Positivista e depois a Escola Técnico-Jurídica.

²⁴² ARAGÃO, Antonio Moniz Sodr  de. **As três escolas penaes: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 3  ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 46.

²⁴³ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 61-62.

²⁴⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presun   o de Inoc  ncia em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 40.

²⁴⁵ ARAG  O, Antonio Moniz Sodr  de. **As três escolas penaes: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 3  ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 46.

²⁴⁶ ARAG  O, Antonio Moniz Sodr  de. **As três escolas penaes: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 3  ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 70.

se, as ações humanas, como fruto da ação combinada de fatores biológicos, físicos e sociais²⁴⁷.

Ferri²⁴⁸, representante da Escola Positivista, aponta o duplo caráter dessa escola que, no campo político-social, afirmou a necessidade de se restabelecer um equilíbrio entre os direitos individuais e os direitos do Estado – já que na Idade Média somente se enxergava o criminoso e, no período na Escola Clássica, o homem –, e se opôs à ilusão de que o remédio mais eficaz contra o crime seria a aplicação da pena, fazendo referência à necessidade de prevenção. Essa escola, portanto, chamou a si os esquecidos conselhos de Beccaria e de Romagnosi, fazendo trabalho de prevenção indireta e direta da criminalidade.

A Escola Positivista – ou Antropológica – também fez destaque a Cesare Lombroso, que, em 1876, estudando os criminosos e seus traços anatômicos, a partir dos critérios da antropologia, criou um novo ramo da antropologia criminal, que compreendia o estudo orgânico e psicológico do homem delinquente²⁴⁹. Aceitava, ainda, uma concepção dualista do processo penal, em que a “primeira fase destinada a comprovar a culpabilidade material do acusado e, a segunda, para discutir sobre a categoria antropológica do delinquente e decidir a aplicação da pena”²⁵⁰.

Diferentemente da Escola Clássica²⁵¹, a Escola Positivista tratou do método indutivo e de observação dos fatos, tendo como objeto o delinquente enquanto pessoa, revelando-se mais ou menos perigoso socialmente em razão do delito praticado²⁵². Tinha como premissa assegurar uma defesa social mais eficaz para os

²⁴⁷ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica** (estudo comparativo). 3ª ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 76.

²⁴⁸ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 65.

²⁴⁹ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 62.

²⁵⁰ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 24.

²⁵¹ Esta que tratou do método dedutivo, da lógica abstrata, que tinha como objeto o delito (FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 64).

²⁵² FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 64.

criminosos mais perigosos e, ao revés, uma defesa mais humana aos delinquentes menos perigosos, estes que seriam a maioria²⁵³.

No âmbito do processo penal, conforme anuncia Vilela²⁵⁴, a Escola Antropológica adaptou duas fases para o processo: uma primeira, com a finalidade de comprovar a culpabilidade – ou responsabilidade física –, na qual, para Ferri, teria lugar a presunção de inocência, pois se trataria de uma fase instrutória; e, uma segunda, relacionada à categoria antropológica dos criminosos, a partir da qual se decidiria a pena a ser aplicada, consoante acima elucidado.

As escolas Clássica e Positivista, nesse viés, entraram em conflito, o que fez surgir, na Itália, uma terceira escola, esta que, mesclando os ensinamentos de ambas, adotou: da Escola Positivista, os ensinamentos sobre a gênese natural da criminalidade - colocando em maior relevo o réu perante o crime e utilizando dados da antropologia e da sociologia criminal; e, da Escola Clássica, a distinção entre réus imputáveis e inimputáveis, e a representação do castigo proporcional à culpa²⁵⁵.

Tratou-se, assim, da Escola Técnico-Jurídica, firmada no final do século XIX, que, embora tenha se juntado à Escola Clássica, possui origem e imitação, sobretudo, na orientação germânica. Para essa escola, a base da justiça penal era a lei penal vigente, dispensando ela o estudo e utilização de dados científicos sobre os delitos e os criminosos. Em imitação aos alemães, os neoclássicos sustentaram a técnica jurídica em três elementos: a exegese, a dogmática e a crítica²⁵⁶.

Cuidou-se, assim, nas palavras de Aragão²⁵⁷ – que a denomina de Escola Crítica –, de uma escola que não desdenhou o estudo antropológico do delinquente, mas que, reconhecendo as predisposições inatas para o crime, discordou da Escola Antropológica na maneira de compreender e justificar essas inclinações para o crime,

²⁵³ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 68.

²⁵⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 41.

²⁵⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 78.

²⁵⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. p. 79-82.

²⁵⁷ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 337.

que, nessa linha, seriam resultantes do meio da convivência com outros criminosos, ou seja, do meio social.

Segundo elucida, essa escola negou a existência do livre arbítrio – na mesma linha da Escola Positivista –, mas sustentou, na linha da Escola Clássica, a responsabilidade moral do criminoso²⁵⁸. Refere que a responsabilidade penal, em crimes dolosos, exigia, portanto, três elementos, voluntariedade, intenção e finalidade antissocial ou antijurídica. Nesse viés, o livre arbítrio seria uma ilusão subjetiva, desmentida pela físico-psicologia positiva, mas, assim como a Escola Clássica, admitia a responsabilidade moral dos indivíduos, desde mentalmente sãos e psicologicamente desenvolvidos²⁵⁹.

Conforme acrescenta Varalda, o ataque de Vincenzo Manzini à presunção de inocência foi a partir do argumento de falta de solidez do princípio, elevando o processo penal como meio de tutela do interesse social para a repressão da criminalidade. Contrário à imprescindibilidade da presunção de inocência, Manzini entendia que “a ausência de prova da culpabilidade não significa inocência e o fim do processo penal não é proclamar a inocência e sim comprovar ou não as condições para a aplicação da pena (podendo ser culpado e não ser-lhe imposto penalidade)”²⁶⁰.

Nas palavras de Ferrajoli²⁶¹, o principal golpe contra o princípio da presunção de inocência partiu dessa escola, cujo precursor foi Vincenzo Manzini, o qual teria estigmatizado o princípio com as palavras “estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”, julgando-o grosseiramente irracional, de modo que, em reforço, o Código Rocco, de 1930, teria repellido por completo o princípio da presunção de inocência, colocando-o como uma extravagância derivada dos conceitos oriundos ou germinados pela Revolução Francesa, que teria levado as garantias individuais a incoerentes excessos.

²⁵⁸ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodr  de. **As três escolas penaes**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 3  ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 76.

²⁵⁹ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodr  de. **As três escolas penaes**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 3  ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928. p. 100-101.

²⁶⁰ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência**: prisão preventiva e ordem pública. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 25.

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507.

Na esfera do processo penal, nesse viés, segundo Vilela, essa escola dirigiu fortes críticas à presunção de inocência, pois encarou o processo penal como um meio de interesse social da repressão da criminalidade, o qual estaria orientado para atingir, primeiramente, a certeza da culpa, e também, mas como consequência do primeiro, como meio de tutela do interesse individual da liberdade.

Manzini *apud* Vilela, em rejeição à tutela da inocência, refere como objetivo do processo penal encontrar, ou não, a presença das condições para a aplicação da pena, podendo o réu ser considerado culpado, sem que seja, contudo, punido. Refere que se existir alguma presunção, será a presunção de culpabilidade²⁶².

Conforme observa Varalda²⁶³, embora essas escolas pouco tenham debatido o conteúdo do princípio da presunção de inocência²⁶⁴, a discussão acerca do significado da presunção de inocência, a partir das escolas penais italianas, encerra um meio de conceber as finalidades do próprio processo penal. Isso porque enquanto a Escola Clássica apontou os objetivos do processo penal para a tutela da liberdade individual em relação ao poder punitivo do Estado, as outras duas escolas enfatizaram o processo penal como meio de reprimir a criminalidade, constituindo, elas, um impulso a um Estado forte e autoritário²⁶⁵.

Após, nesse processo evolutivo à luz do ordenamento jurídico italiano, tem-se que devido às discussões e aos argumentos dessas escolas, o princípio da presunção de inocência deixou de ser incorporado no Código de Processo Penal de 1913, e também no CPP de 1930, época do avento do período fascista²⁶⁶. Findo este, e após inúmeras discussões doutrinárias, o art. 27º, n. 2, da Constituição Italiana

²⁶² VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p.45-46.

²⁶³ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 28.

²⁶⁴ Debatendo, segundo o autor, mais efetivamente o conteúdo do processo penal em si, ou seja, precisamente se deveria, ou não, servir como meio de defesa da sociedade (interesse social) em detrimento do criminoso.

²⁶⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 46-47.

²⁶⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 47-50.

consagrou uma presunção de inocência que, nas palavras de Vilela, representou uma solução de compromissos²⁶⁷.

Assim foi que a Constituição Italiana, em 1948, incorporando o princípio da presunção de inocência, o fez mediante a seguinte disposição “O imputado não é considerado réu até condenação definitiva”²⁶⁸.

Conforme ensina Vilela²⁶⁹, tal redação ensejou posicionamentos doutrinários distintos: Bellavista assinalava que a redação teria resguardado a presunção de inocência, esta que possuiria o mesmo sentido da não-culpabilidade, enquanto Guarnieri entendia que a previsão teria consagrado tão somente uma presunção de não-culpabilidade até a sentença definitiva. As discussões progrediram, de modo que atualmente não mais se verifica qualquer distinção.

Por derradeiro, nessa linha evolutiva, o ultimo momento, mencionado por Varalda²⁷⁰, caracteriza-se pelo período pós-Segunda Guerra Mundial (1939-1945), quando o princípio ganhou considerável força, notadamente quando tutelada a presunção de inocência, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que assim dispôs:

Art. 11.1 Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.²⁷¹

Conforme assinala Comparato²⁷², a Declaração Universal dos Direitos do Homem não apenas retomou os ideais da Revolução Francesa – Idade

²⁶⁷ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 50-51.

²⁶⁸ ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana**. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

²⁶⁹ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 51 e 53.

²⁷⁰ VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007. p. 17.

²⁷¹ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁷² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 223.

Contemporânea –, mas representou manifestação histórica de reconhecimento de valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade.

Segundo afirma Bobbio²⁷³ a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 representou a solução para o problema do fundamento dos direitos humanos. Refere-a²⁷⁴ como a maior prova histórica existente acerca do consenso geral acerca de sua validade, representativa de um sistema de princípios fundamentais da conduta humana livre e expressamente aceito por 48 (quarenta e oito) Estados estrangeiros, pois, pela primeira vez, um sistema universal de valores, a reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi expressamente declarado.

Giacomolli²⁷⁵, no mesmo sentido, ressalta que a Declaração de 1948 foi motivada pelas trágicas experiências da Segunda Guerra Mundial, marcada pelas fortes violações aos direitos humanos, e pela esperança de efetividade de um sistema de proteção internacional que acolhesse o princípio da presunção de inocência como garantia a um processo justo processo.

Na sequência, o princípio da presunção de inocência também foi tutelado em outros inúmeros documentos de ordem internacional. Inicialmente pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, também de 1948, que, no art. 26, primeira parte, positivou “Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade”.²⁷⁶

Após, segundo anuncia Giacomolli²⁷⁷, sobreveio a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, assinada em Roma, em 1950, que, em seu artigo 6.2, reconheceu o princípio da presunção de inocência como um princípio basilar de construção e de desenvolvimento das

²⁷³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 764).

²⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle (posição 764-771).

²⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

²⁷⁶ DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em: 15 jul. 2019.

²⁷⁷ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

garantias processuais, e previu a Corte Europeia dos Direitos do Homem como o órgão competente a lhe conferir efetividade. Esse artigo dispôs que “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”²⁷⁸.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, o qual, para Giacomolli²⁷⁹, além de reiterado o princípio da presunção de inocência, no artigo 14.2 assegurou que “Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”²⁸⁰, foi incorporado pelo Brasil pelo Decreto 592, de 06.07.1992²⁸¹.

De notável importância, sobreveio a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cujo texto entrou em vigor em julho de 1978, e somente foi ratificado pelo Brasil em setembro de 1992²⁸², por meio da promulgação do Decreto n. 678/1992²⁸³. Esse documento, no art. 8, n. 2, primeira parte, assegurou que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...]”²⁸⁴.

Por fim, dois outros documentos merecem destaque quanto à consagração da presunção de inocência, quais sejam, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 1990 - destinada à proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais - , cujo diploma normativo dispôs, em seu art. 6, n. 2, que “Qualquer pessoa acusada de

²⁷⁸ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem** [conforme as modificações introduzidas pelo Protocolo n° 14]. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

²⁸⁰ BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**: Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁸¹ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 39.

²⁸² BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 43-44.

²⁸³ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 441-442.

²⁸⁴ BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 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: 31 ago. 2020.

uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”²⁸⁵, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada no ano de 2000, que dispôs, no art. 48, que “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”²⁸⁶.

Consoante refere Giacomolli²⁸⁷, embora em 1808, o Código de Processo Penal francês, lançado como modelo na Europa ocidental, tenha instituído um sistema misto, comprometendo o princípio da presunção de inocência em sua concretização garantística, notadamente no que tange à prova, assenta também que foram os diplomas internacionais sobre os direitos humanos que acabaram por influenciar os legisladores constitucionais de inúmeros países, ao inserirem o princípio da presunção de inocência nas respectivas Constituições. Cita, no continente europeu, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Francesa de 1958, que, em seu preâmbulo, com força idêntica aos demais dispositivos, declarou adesão aos princípios da Declaração de 1789, a Constituição Portuguesa de 1976, e a Constituição Italiana de 1948.

Em relação ao Brasil, refere que as Constituições anteriores à de 1988 não previam, expressamente, o princípio da presunção de inocência, ainda que destinassem um capítulo aos Direitos e Garantias Individuais, e limitavam-se a mencionar que a especificação dos direitos e das garantias contidos na Constituição não excluiria outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios nelas adotado.

Explica que somente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (DUDH), foi que restou nítida e explícita a necessidade de proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa, como valores essenciais de convivência humanitária, o que refletiu, então, na discussão acerca da presunção de inocência e estruturação do processo penal. Consoante ensina, ainda, foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que restou expresso o

²⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem** [conforme as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 14]. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

²⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 441.

princípio da presunção de inocência, cuja redação foi inspirada na Constituição Italiana de 1948²⁸⁸.

2.2 SENTIDOS²⁸⁹ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O DIREITO ESTRANGEIRO

Ferrajoli²⁹⁰, ao tratar sobre os direitos e garantias fundamentais, destaca que as garantias penais e processuais penais, juntamente com os direitos de liberdade - dentre outros -, integram a classe dos direitos humanos, compreendidos como os direitos primários de todo ser humano. Refere essa classificação, que denomina de direitos primários da pessoa, como sinônimo de direitos humanos, os quais abarcam, por exemplo, o direito à vida e às liberdades fundamentais, atribuídos pelas normas internacionais a todas as pessoas, independentemente de distinção de *status*²⁹¹.

Refere, assim, os direitos humanos, compreendidos como aqueles direitos cuja titularidade pertence a toda pessoa natural simplesmente²⁹², como uma classe de direitos fundamentais, cuja classificação decorre, ao lado de outras três classes de direitos²⁹³, do cruzamento de duas divisões dentre os direitos fundamentais, quais sejam, dos direitos de personalidade e direitos de cidadania com a divisão entre os direitos primários (substanciais) e direitos secundários (instrumentais ou de autonomia).

Na concepção de Ferrajoli²⁹⁴, assim, compreende-se como direitos fundamentais – em oposição aos direitos patrimoniais, e em uma definição formal –,

²⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

²⁸⁹ A categoria sentido aqui mencionada deve ser interpretada como sinônimo de significado, de acepção.

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002. p. 40.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2007, p. 623.

²⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2007, p. 698.

²⁹³ Refere, ainda, a classe dos fundamentais como sendo os direitos políticos, os direitos civis e os direitos públicos.

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2007, p. 718.

aqueles direitos de natureza subjetiva²⁹⁵, que possuem caráter universal e indisponíveis, e que se encontram na base da igualdade legal.

Sob o aspecto da aceção assegurada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – cujo instrumento, conforme visto no capítulo anterior, assumiu fundamental importância sob o aspecto da consagração dos direitos fundamentais – Vilela²⁹⁶, ao analisar o princípio da presunção de inocência, refere que seu sentido, nesse instrumento internacional, assumiu duplo significado: o primeiro, enquanto regra de tratamento a ser dispensado ao réu durante todo o processo, cujo fundamento tem origem na cultura jurídica do legalismo, que adveio do Iluminismo; e o segundo, por sua vez, como regra de juízo, cuja razão é a cultura jurídica específica do pragmatismo jurídico anglo-saxão, em que cada um possui um campo de atuação distinto.

Enquanto regra de tratamento, nesse viés, o significado é o de conferir o tratamento de inocente ao réu, embora sobre ele recaiam suspeitas quanto à prática de um delito, até que seja proferida uma decisão de condenação definitiva, o que impede que a lhe seja dispensada qualquer diminuição moral, social ou física em relação aos demais cidadãos que, naquele momento, não se encontrem respondendo a um processo crime.

Nessa linha de pensamento é que a liberdade pessoal sofre influência da presunção de inocência, de tal modo que, acaso de mostre necessária a aplicação de alguma medida coercitiva ao réu, essa não pode, sob hipótese alguma, configurar uma sanção aplicada a alguém com responsabilidade penal comprovada, não podendo haver a equiparação do réu ao acusado culpado. Logo, explica, resta proibida a execução provisória da sentença de condenação e também qualquer antecipação da pena.

Ao explicar a presunção de inocência enquanto regra de juízo, Illuminati *apud* Vilela²⁹⁷, aponta que o contributo que advém do direito anglo-saxão, acolhido

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2007, p. 687.

²⁹⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 58.

²⁹⁷ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 59.

pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e que posteriormente influenciou os diplomas internacionais, faz referência à presunção de inocência como uma regra de direito processual penal ligada diretamente com o juízo de fato da sentença penal, a qual também possui particular incidência no âmbito probatório, já que a matéria de prova recai sobre a acusação, impondo-se a absolvição do réu caso não se comprove a culpa.

Explica, ainda, que, esse sentido está atrelado as regras probatórias do processo, notadamente à técnica processual de averiguação dos fatos praticados, cuja realização completa se compadece com a estrutura do processo penal no modelo acusatório, este que desonera o réu de comprovar sua inocência, recaindo sobre a acusação o ônus de provar a culpa, e, em caso de não comprovação desta, de o juiz estar autorizado a absolver sem que isso implique em qualquer consequência negativa.

Nesse sentido, Illuminati *apud* Vilela²⁹⁸ defende que ao princípio da presunção de inocência deve ser atribuída a máxima expansão, pois somente assim será possível encontrar seu pleno alcance, e, para Ghiara *apud* Vilela, embora seja necessário compreender os dois sentidos, não se tratam de significados que se opõe ou que devam ser interpretados de forma oposta.

Cordero²⁹⁹, em linhas gerais, também assenta que o princípio da presunção de inocência – cujo termo, inocente, segundo o autor, assume sentido equivalente a não culpado – opera em dois sentidos, quais sejam, um que proíbe que o acusado esteja sujeito a aplicação de uma pena antecipada, ou mesmo à aplicação de outras medidas semelhantes, e outro que impõe o ônus da prova à acusação, no sentido de impor a esta que prove os fatos criminalmente qualificados, de modo que em havendo dúvida, deve o réu ser absolvido.

Explica, ainda, que essas regras supralegais têm como consequência a invalidade de alguns institutos, como a segregação automática, independentemente da concreta necessidade e precaução e o tempo demasiadamente longos de custódia.

²⁹⁸ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 60.

²⁹⁹ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 471-472.

Conceição³⁰⁰, ao analisar o princípio da presunção de inocência nos termos do art. 6º, n. 2., da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, além de atribuir-lhe também um sentido relacionado ao direito ao silêncio e a não autoincriminação, afirma tratar-se de uma garantia, sobretudo, de respeito pela dignidade da pessoa humana – afirmando uma correlação entre ambas -, a qual possui especial assento, no âmbito do processo penal, no direito probatório.

Assenta, assim, que a correlação do princípio com a dignidade e os direitos humanos surge quando o homem se torna o meio e o fim da coercibilidade pública, nascendo a garantia sob o aspecto de limitação do poder punitivo do Estado, com respeito à dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, com a necessidade de se presumir a inocência, cujo caráter universal, inerente à dignidade humana, possibilita sua invocação perante tribunais nacionais e internacionais.

Refere, nesse viés, que, na linha interpretativa das várias e múltiplas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a visão mais pragmática sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência aponta para a impossibilidade de sobre o réu recair qualquer ônus da prova, este que é sempre da acusação. Destaca, ainda, a interpretação segundo a qual esse princípio garante um processo equitativo, imparcial e justo, que deve nascer afastado da pré-concepção da culpa ou responsabilidade criminal do acusado; a garantia de, no âmbito da valoração da prova, correlacionar-se ao princípio ao *in dubio pro reo*, de modo a evitar o *non liquet* - ou seja, em caso de dúvida, deve ser decidido em favor do acusado -; bem como a implicação de que, ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a garantia da presunção de inocência ultrapassa o próprio processo penal, funcionando como limite do caso julgado, pois, já se tendo decidido por uma absolvição, não podem os Tribunais voltar a apreciar o mesmo fato³⁰¹.

De mosso, na busca por uma compreensão mais aprofundada acerca dos sentidos que o princípio assume à luz do direito estrangeiro e de sua normatização,

³⁰⁰ CONCEIÇÃO, Ana Raquel. Presunção da Inocência. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de *et al* (org.). **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 1070-1076.

³⁰¹ CONCEIÇÃO, Ana Raquel. Presunção da Inocência. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de *et al* (org.). **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 1076-1084.

passa-se a sua apreciação nas ordens constitucionais específicas da Argentina, do Chile, da Itália, da Espanha e de Portugal.

2.2.1 O princípio da presunção de inocência na Argentina

Consoante assenta Vázquez Rossi³⁰², o princípio ou *status* legal da inocência constitui um pressuposto do sistema penal liberal em geral e da garantia judicial em particular. Explica que essa garantia deriva do art. 18 da Constituição Nacional, isso porque se a pena não pode ser aplicada sem que haja um julgamento, ou seja, sem uma comprovação confiável, que exige certo grau de certeza de autoria e culpa, isso se dá porque todo acusado é investido do *status* legal de inocência, o qual somente pode cessar em virtude da conclusão de um processo regular, que o declare culpado.

Na mesma linha de pensamento, Bento³⁰³ destaca que o princípio da presunção de inocência está amparado na Constituição Argentina, consagrado nos artigos 18³⁰⁴ e 19³⁰⁵, os quais, prescrevem, em linhas gerais, que ninguém pode ser apenado senão por um juízo que esteja previamente estabelecido em lei anterior, nem mesmo julgado por comissões especiais, excluído do juízo previamente estabelecido em lei, além de ratificarem o direito de permanecer calado, de ninguém ser preso

³⁰² VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 270.

³⁰³ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 74-75.

³⁰⁴ “Artículo 18- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. ARGENTINA. [Constituição (1994)]. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

³⁰⁵ “Artículo 19- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. ARGENTINA. [Constituição (1994)]. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

senão em virtude de ordem escrita da autoridade competente, preverem a inviolabilidade da defesa do cidadão perante o juízo, entre outros.

Explica que o atual Código de Processo Penal (CPP), especificamente no título que dispõe sobre as garantias fundamentais, interpretação e aplicação da lei processual, também assegura, no art. 1º, ao dispor conjuntamente sobre outros princípios - como o princípio do juiz natural e *non bis in idem* -, o princípio da presunção de inocência, dispondo, em linhas gerais, que ninguém será considerado culpado desde que um julgamento final não afaste a presunção de inocência, assegurada a todos os acusados³⁰⁶.

Segundo Binder³⁰⁷ - autor que, como visto, opta pela formulação negativa do princípio da presunção de inocência -, o necessário princípio do juízo prévio é uma garantia básica, ou seja, uma fórmula que assinala o ponto máximo de vigência de todas as garantias constitucionais do processo penal. Explica que a primeira derivação da garantia do juízo prévio é a derivação constitucional de que ninguém pode ser declarado culpado sem uma sentença, obtida a partir de um juízo constitucional que o declare como tal.

Logo, para Binder, juízo prévio e presunção de inocência são compreendidas como as duas caras de uma mesma moeda, constituindo-se, garantias básicas do processo penal, em um verdadeiro escudo protetor contra o poder arbitrário do Estado³⁰⁸.

Binder³⁰⁹ refere que o significado prático e concreto do princípio da presunção de inocência, assim, realiza-se a partir de sete implicações, quais sejam: a) de que somente a sentença possui o potencial de declarar alguém culpado; b) de que no momento da sentença existem, única e exclusivamente, duas possibilidades: ou a declaração de culpado ou a declaração de inocente, inexistindo outra alternativa ou solução; c) de que a culpabilidade deve ser juridicamente construída, ou seja,

³⁰⁶ ARGENTINA. Ley N° 23.984. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁰⁷ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 125.

³⁰⁸ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 123.

³⁰⁹ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 125.

comprovada; d) de que essa construção da culpabilidade implica na aquisição de um grau de certeza quanto a esse estado; e) de que o réu não tem o dever de comprovar sua inocência; f) na proibição de o réu ser tratado como culpado; e g) na proibição de se estabelecer presunções de culpabilidade, ou seja, de existir culpabilidade que dispense a construção ou produção probatória.

Cuidam-se, assim, na visão de Binder³¹⁰, tanto de implicações na dimensão probatória, relacionadas às construções da culpabilidade, as quais exigem um grau de certeza e reclamam pelo reconhecimento desse estado por uma sentença, como implicações na acepção do tratamento conferido ao réu no processo.

Refere o autor³¹¹ que, a partir da acepção de regra de tratamento conferida ao acusado, decorre o dever de o órgão de persecução penal buscar a comprovação da culpabilidade do réu, este que, em consequência, não pode ser tratado como culpado, o que também significa a proibição de se antecipar a pena, esta que constitui a consequência direta da comprovação da culpabilidade. Elucida, ainda, constituir decorrência, a proibição de restrição do direito de defesa – não se podendo obrigar ele a se declarar culpado –, e, bem assim, a vedação de se conferir caráter absolutamente restritivo às medidas de coerção no âmbito do processo penal.

Para Vázquez Rossi³¹², uma primeira implicação do princípio está dentro da esfera político-filosófica que apoia os direitos individuais, estando relacionado à dignidade da pessoa humana e suas margens de liberdade pessoal, cuja consagração encontra-se no art. 19 do texto constitucional, como garantia de reserva, no sentido de que se encontra fora do escopo da acusação tudo aquilo que não afeta a liberdade ou os direitos de terceiros, qualquer coisa que não tenha sido legalmente proibida.

Quanto às implicações processuais, Vázquez Rossi³¹³ refere que estas abrangem diversos aspectos, de modo que a própria existência do processo, como antecedente à aplicação de toda sanção punitiva, tem por base o estado legal de

³¹⁰ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 126-129.

³¹¹ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 129.

³¹² VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 271.

³¹³ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 272-273 e 275.

inocência do réu, este que regulamenta a lógica probatória, a não coerção do acusado, o princípio *in dubio pro reo*, a inviolabilidade da defesa e a reserva de privacidade do acusado.

Vázquez Rossi³¹⁴ refere que, por essa garantia, a sentença somente pode ser validamente executada após a ocorrência do implacável trânsito em julgado de uma decisão sobre o crime e sua autoria, que confere certo grau de segurança jurídica a respeito destes.

Cita, ainda, como derivações do estado de inocência: a) o *in dubio pro reo*, segundo o qual a condenação exige concreta convicção da culpabilidade, pelo que, havendo qualquer dúvida, deve o réu ser absolvido, constituindo-se em um critério técnico-jurídico dirigido à valoração probatória e apreciação desta³¹⁵; b) *favor libertatis* ou *favor rei*³¹⁶, que constitui um critério interpretativo de que os institutos processuais devem ter como regra a manutenção da liberdade do réu durante o processo, impondo-se a interpretação restritiva das disposições que restringem a liberdade pessoal, e a observância de requisitos formais e substanciais, ou seja, ordem escrita de autoridade competente e a relação material entre a autoria e o delito; c) a proibição de obrigação de autoincriminação por parte do acusado³¹⁷, previsto no art. 18 da Constituição Argentina, segundo o qual ninguém pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, cujo fundamento deriva da dignidade pessoal humana; e d) a inviolabilidade da defesa³¹⁸, também disposta no art. 18 do texto constitucional, para a qual significa que constitui uma condição do devido processo o acusado possuir condições e oportunidades operacionais de contrariar a acusação, devendo ele possuir as mesmas condições que a acusação para expressas e responder às acusações contra si atribuídas.

³¹⁴ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 275.

³¹⁵ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 276-278.

³¹⁶ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 280-281.

³¹⁷ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 282-283.

³¹⁸ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 284-287.

Em conclusão, Vázquez Rossi³¹⁹ destaca que a garantia judicial da presunção de inocência, consagrada na Constituição Argentina, tem como base o pleno reconhecimento do estado de inocência, cuja proteção se estende a todos os habitantes do país. Refere que, de acordo com essa garantia, o estado de inocência somente pode ser destruído por uma decisão jurisdicional proferida após o regular processo judicial, em que os fatos, devidamente investigados, também foram confrontados pela defesa e racionalmente analisados e debatidos, perante um Tribunal competente, imparcial ou independente, dentro de um prazo razoável e de acordo com a aplicação correta da lei vigente.

Bento³²⁰, por derradeiro, sob a ótica do direito processual penal argentino assenta que essa legislação assegura, em seus arts. 312 e 315 do CPP, a figura da prisão preventiva como custódia cautelar do investigado, esta que, contudo, inevitavelmente, não pode ser imposta como antecipação de pena. E que, segundo o disposto no art. 312 da lei processual argentina, pode o juiz, conforme determinados requisitos, deixar de aplicar a prisão preventiva quando, em breve análise, constatar a improcedência do procedimento acusatório ou, ainda, em caso de possibilidade de concessão de liberdade provisória³²¹.

2.2.2 O princípio da presunção de inocência no Chile

No ordenamento jurídico chileno, segundo explicam Maturana e López³²², o princípio da presunção de inocência, no nível constitucional, pode ser deduzido, indiretamente, do artigo 19, que trata dos direitos e deveres constitucionais assegurados a todas as pessoas, e, especificamente no n. 3º, ao assegurar a igual proteção da lei no exercício de seus direitos, prevê, em harmonia com o direito à liberdade individual, a proibição de se presumir a responsabilidade criminal, bem como com os tratados internacionais ratificados pelo Estado Chileno, notadamente a

³¹⁹ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995. p. 300-301.

³²⁰ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 119-120.

³²¹ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 119-120.

³²² MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 426-427.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Considerado um dos pilares do sistema acusatório³²³, encontra, ainda, previsão legal expressa no art. 4º do Código de Processo Penal (CPP), o qual prescreve “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”³²⁴.

Sua previsão encontra-se no título I do CPP, dentre os princípios básicos do processo penal, e, nas palavras de Maturana e López³²⁵, significa que até a sentença final, o acusado não apenas é inocente, como deve ser tratado como tal, de modo que não se mostra possível que a prisão preventiva do réu seja considerada como cumprimento antecipado de sua pena.

Desse modo, segundo expõem os autores³²⁶, até que seja proferido o julgamento final, além de o acusado ser inocente, seu tratamento deve ser condizente com essa qualificação, devendo as limitações aos seus direitos realizar-se de maneira excepcional e justificada, limitando-se ao minimamente necessário.

Referem³²⁷ que a presunção de inocência protege os indivíduos contra o Estado em relação à determinação do autor de um delito e de sua responsabilidade, presunção esta que não abandona o sujeito até que esteja condenado criminalmente, por uma sentença final. Logo, antes de uma condenação final, os efeitos de uma punição não podem se manifestar, sejam de natureza preventiva ou repressiva. Assim, a presunção é destruída apenas em virtude de uma sentença emitida em um processo anterior, momento em que a atuação punitiva pode ser efetivada.

³²³ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 141 e 426.

³²⁴ “Nenhuma pessoa será considerada culpada ou tratada como culpada, desde que não seja condenada por uma sentença final” (tradução livre). CHILE. Ley no. 19.696. **Código procesal penal**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 09 jul. 2020.

³²⁵ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 142.

³²⁶ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 143.

³²⁷ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 427.

Segundo Maturana e López³²⁸, também no ordenamento jurídico chileno o princípio da presunção de inocência compõe-se de duas regras que se integram, ou se complementam. A primeira, enquanto regra de tratamento a ser conferido ao acusado, a qual normatiza que, desde que não esteja decidido de forma contrária, toda pessoa deve ser tratada como inocente. A segunda, que implica na regra de julgamento, esta que impõe ao órgão de acusação a atribuição, ou ônus, de provar, suficientemente, a existência do ato punível e a autoria por parte do acusado (*in dubio pro reo*), esvaziando deste qualquer dever de provar sua inocência.

O princípio cuida-se, na visão dos doutrinadores³²⁹, de uma categoria de presunção que não pertence às categorias legais ou judiciais, já que inexistente um vínculo lógico de ligação entre o fato básico e o fato presumido. Trata-se de um princípio norteador, tanto da atividade investigação como da atividade de decisão, de modo que o tratamento de inocente que deve ser conferido ao acusado implica no reconhecimento de direitos e garantias que lhe são básicos durante a investigação e o julgamento, o que se encontra consagrado na lei processual penal.

Assentam que, também como manifestação de princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico chileno, tem-se a limitação, no tempo, do período de investigação por parte dos agentes estatais, esta que possui duração legal máxima de dois anos, contados da formalização da investigação³³⁰.

Expõem uma segunda implicação consiste na necessidade de verificação ou comprovação da culpa, no processo, a partir de meios de prova legais, descartando-se todas as provas obtidas por meios ilícitos, a exemplo de uma confissão obtida sob tortura, de uma interceptação não autorizada, ou da entrada em um domicílio (endereço) de uma maneira ilegal.

Destacam, ainda, uma terceira consequência do princípio no âmbito processual penal, que consiste na atribuição do ônus da prova ao órgão da acusação – qual seja, ao Estado, por meio do Ministério Público –, de modo que cabe ao Estado

³²⁸ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 143.

³²⁹ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 143.

³³⁰ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 144.

estabelecer a culpa do acusado, este que se beneficia da presunção de inocência. Assim, se o Estado falhar ao exercer esse encargo, deve o réu ser necessariamente absolvido, utilizando-se, o ordenamento jurídico chileno, do padrão, para condenação, de destruição da presunção de inocência, ou seja, o padrão exigido para se destruir a presunção de inocência que milita em favor do réu é aquele “além de qualquer dúvida razoável”, consagrado no art. 340 do CPP³³¹⁻³³².

Apesar de todas essas garantias, conforme elucidam os autores, a garantia estabelecida pelo princípio da presunção de inocência não constitui uma proibição para a fixação de proibições ou medidas cautelares durante o procedimento, que limitem ou restrinjam a liberdade do acusado, estando, a aplicação das medidas preventivas e de segurança a serviço do procedimento, estas que não podem, contudo, implicar em mecanismo antecipatório para os efeitos de eventual condenação³³³.

É que, segundo explicam³³⁴, o reconhecimento da garantia da presunção de inocência não constitui uma proibição para a fixação de medidas cautelares necessárias durante um procedimento processual penal, seja restringindo ou limitando a liberdade do sujeito, isso porque suas finalidades são essencialmente distintas. Logo, tendo as medidas cautelares a finalidade de assegurar contra o risco de ineficácia da sentença, não podem essas medidas ser consideradas mecanismos antecipatórios em caso de eventual condenação, sob pena de se violar a presunção de inocência e o direito a um julgamento anterior.

Nessa linha, referem que, de acordo com a lei processual penal do Chile, notadamente pela redação do art. 122, as medidas cautelares convivem com o princípio da presunção de inocência, e somente devem ser impostas quando se

³³¹ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 144.

³³² “Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” CHILE. Ley no. 19.696. **Código procesal penal**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 09 jul. 2020.

³³³ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 144-145.

³³⁴ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 427.

mostrarem absolutamente essenciais para garantir a realização dos objetivos do procedimento, cuja durabilidade deve ser a mínima necessária, ou seja, apenas enquanto sua necessidade se mostrar absolutamente essencial³³⁵. Além disso, devem sempre ser aplicadas por meio de uma decisão judicial e suas condições serem interpretadas de maneira restritiva³³⁶.

Por fim, apontam que o princípio da presunção de inocência também possui íntima ligação com o princípio *in dubio pro reo* – cujo fundamento último é a absolvição, antes de se condenar um inocente – e com o princípio da proibição de fixação de presunções da lei de responsabilidade penal, este que citam como uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente consagrado.

2.2.3 O princípio da presunção de inocência na Itália

Como visto, foi a redação do princípio, na forma destacada na Constituição Italiana, que influenciou a redação inserida no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³³⁷.

Com efeito, a Constituição Italiana, em seu art. 27º, n. 2º, dispõe que “O imputado não é considerado réu até condenação definitiva”³³⁸, e, nesse viés, segundo Tonini³³⁹, mediante a adoção dessa fórmula, a Assembleia Constituinte buscou atender a duas necessidades, de providenciar a prisão preventiva antes da sentença irrecorrível, e, concomitantemente, afirmar a presunção de inocência, do que resultou, portanto, duas regras; uma regra probatória e uma regra de tratamento.

Refere³⁴⁰ que enquanto a regra de tratamento proíbe que o réu seja considerado culpado até a sentença final, não se podendo antecipar a pena, mas

³³⁵ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 145.

³³⁶ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 427.

³³⁷ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

³³⁸ ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana**. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

³³⁹ TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11 ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 233-234.

³⁴⁰ TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11 ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 234.

permitindo a aplicação de medidas cautelares em seu desfavor, a regra probatória o isenta da produção de qualquer prova, cujo ônus recai sobre a parte que o acusa.

Explica que essa regra probatória é melhor especificada mediante a leitura da norma do art. 6º, § 2º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, o qual dispõe que “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”³⁴¹, cuja norma, consoante já decidiu o Tribunal Constitucional Italiano (TCI), deve nortear os juízes na interpretação do princípio da presunção de inocência inserido no texto constitucional italiano³⁴².

Vilela³⁴³ também aponta que no âmbito interno do ordenamento jurídico italiano, o princípio assumiu sentido de regra de tratamento a ser dispensado ao réu, e na ordem internacional é interpretado enquanto regra de juízo, cujo sentido possui relevância especial na esfera de produção de provas.

Também reconhecendo o duplo sentido que o princípio da presunção de inocência assume na Constituição Italiana, Ferrajoli³⁴⁴ refere que houve a desqualificação do princípio, pela doutrina processualista italiana, por mais de meio século, de modo que as marcas desse processo permanecem. Explica que ao lado da banalização do princípio da submissão à jurisdição, o conteúdo da presunção de inocência restou, no mínimo, em seus ambos sentidos – regra de tratamento e regra de juízo – enfraquecido.

Cuida-se, segundo o autor³⁴⁵, assim, de uma norma que assume um duplo sentido, qual seja, de regra de tratamento ao réu – que, nas palavras de Ferrajoli “exclui ou ao menos restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal” – e de regra de juízo, que “impõe o ônus da prova à acusação além da absolvição em caso de dúvida”.

³⁴¹ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem** [conforme as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 14]. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

³⁴² TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11 ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 234.

³⁴³ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 61.

³⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507.

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507.

Conforme Vilela, não se verifica conflito entre os significados assumidos, não se vislumbrando, concomitantemente, coincidência de sentidos. *Illuminati apud* Vilela assinala, contudo, que para o Tribunal Constitucional Italiano, apenas a presunção de inocência enquanto regra de tratamento a ser dispensado ao réu é que possui a proteção constitucional e constitui uma das fundamentais garantias da liberdade do cidadão, do que importa que a prisão preventiva não pode ter função antecipatória de pena, a ser aplicada somente após a constatação da culpa, posicionando-se, o TCI, no sentido que a regra de juízo, contudo, não está abrangida pela previsão do art. 27, n. 2, da Constituição Italiana³⁴⁶.

Para Carrara *apud* Giacomolli³⁴⁷, a adoção ou não, no texto constitucional de determinado país, do princípio da presunção de inocência revela, por certo, também o modelo de processo penal adotado, pois quando a perspectiva de análise é a presunção de inocência, a regra é a manutenção da liberdade do cidadão, com a previsão de remédios jurídicos no texto constitucional.

Giacomolli refere que apenas se justifica, nesses casos, a prisão, após um julgamento condenatório com trânsito em julgado, não representando, nesse viés, a prisão processual, uma antecipação dos efeitos da condenação.

Em referência à denominação do princípio, Giacomolli também assenta que o partir da presunção de inocência – e não da não culpabilidade – implicam importantes regras probatórias: a primeira é que a imputação fática e jurídica, até que não seja demonstrada, constitui uma mera hipótese; traduz-se, no processo penal, na transferência do encargo probatório exclusivamente à acusação; afasta a iniciativa probatória acusatória da atividade judicial; e, na dúvida ou contradição, prevalecerá o *status* de inocente.

De acordo com Ferrajoli³⁴⁸, é o princípio da submissão à jurisdição, no sentido de que nenhum delito pode ser considerado cometido, e ninguém pode ser considerado culpado, sem que tenha sido submetido a um julgamento regular, que

³⁴⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 61-62.

³⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 443-444.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 505-506.

postula a presunção de inocência do acusado até a comprovação em contrário, reconhecida e decretada, por meio de uma sentença definitiva.

Citando Lucchini, refere tratar-se, o princípio da presunção de inocência, de um “corolário lógico do fim racional consignado ao processo” e também a “primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção juris, como sói dizer-se, isto é, até prova contrária” ³⁴⁹.

Ao explicar o princípio, menciona se tratar de uma opção garantista a favor da tutela de imunidade dos inocentes, pois o maior interesse é o de que todos os inocentes sejam protegidos – sem exceção – ainda que ao custo da impunidade de um culpado. Destaca que é sobre esta opção que está fundado o nexo entre liberdade e segurança dos cidadãos, citado por Montesquieu, no sentido de que a liberdade política consiste na segurança, mas o momento em que essa segurança é colocada em perigo é justamente nas acusações públicas e privadas, e, por isso, quando a inocência do cidadão não é garantida, também não será sua liberdade.

Destaca que não apenas os delitos ameaçam os direitos dos cidadãos, mas também as penas arbitrárias, constituindo, assim, a presunção de inocência, muito mais do que uma garantia de liberdade e de verdade, mas uma garantia de segurança e de defesa social, ou seja, da segurança que decorre do Estado de Direito ao cidadão e da defesa do cidadão contra o poder punitivo do Estado.

Ferrajoli³⁵⁰, ao explorar o princípio da presunção de inocência enquanto regra de tratamento, o faz diretamente associado à ilegitimidade e à inadmissibilidade que essa norma impõe à prisão preventiva do réu anteriormente ao decreto condenatório.

Refere que há estreita relação entre a história do princípio da presunção de inocência e do processo histórico que envolve a detenção cautelar do réu no transcurso do processo penal, pois conforme esta foi cada vez mais sendo aceita e praticada, seguiram-se os desenvolvimentos normativos e teóricos daquele. Explica que enquanto em Roma, em determinado momento histórico, chegou-se a proibir a

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 505-506.

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 507-508.

prisão preventiva, na Idade Média ela figurava, ao revés, como pressuposto para a instrução do processo, e, somente com o Iluminismo e, concomitantemente à redescoberta do processo acusatório, ela voltou a ser estigmatizada.

Afirma que Hobbes considerava a prisão justificada em caso de necessidade de custódia de um acusado, a qual, nesses casos, não teria natureza de pena. Cita Beccaria que, em determinado momento, teria a considerado como uma pena necessária que precederia o reconhecimento de um crime. Menciona, ainda, Filangieri, que também a reconheceu para as situações em que o acusado se negasse a receber a citação, ou quando a gravidade do delito ou sua condição de residência o torna um suspeito. Constant, que reconheceu sua necessidade exclusivamente para assegurar as pessoas suspeitas de um crime; Bentham, que também exigiu a detenção do réu até o interrogatório; e Pagano que destacou o risco de se manter em liberdade os réus ainda não comprovadamente culpados. Enfatiza Carrara, que justificava a prisão preventiva apenas para as necessidades do processo e de forma breve, que também passou a admiti-la não apenas para impedir a fuga, mas também para atender a necessidade de segurança pública.

Desse processo, passou-se a admitir, então, a prisão preventiva a ser justificada pelo pensamento liberal clássico, invocando-se esse instrumento em caso de perigo de fuga, risco de deterioração de provas, gravidade do delito e necessidade de prevenção, e também em razão dos perigos de natureza penal e processual³⁵¹.

Para Ferrajoli³⁵², a consequência desse processo foi que a prisão preventiva consolidou-se nos ordenamentos jurídicos europeus, referindo que a contribuição de maior gravidade partiu de Carrara e Pagano, a partir dos quais realizou-se uma mutação quanto ao modo de utilização desse instrumento, o qual passou de instrumento exclusivamente processual, destinado à atividade de instrução, para um instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pela necessidade de evitar a prática de outros delitos.

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508.

³⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 509-511.

Esclarece que o fascismo ocasionou uma série crise em relação ao princípio, extirpando-se os freios aos abusos desse instrumento, esclarecendo que enquanto o Código Processual Penal de 1865 tinha como regra o caráter facultativo do mandado de prisão, a partir do Código Processual de 1913, e na sequência, com o Código de 1930 (chamado Código Rocco), passou-se a alagar as hipóteses de prisão preventiva, suprimindo-se os prazos do instituto.

Afirma, assim, que nesse período a prisão preventiva assumia a fisionomia de uma medida de prevenção contra pessoas perigosas e suspeitas, ou mesmo como meio de uma execução provisória, ou antecipada, da pena, o que manteve-se com a entrada em vigor da Constituição Republicana, embora esta tenha consagrado o princípio da não-culpabilidade, cuja evolução, a partir de então, quanto aos requisitos da prisão preventiva ocorreu a partir da evolução da leis processuais penais italianas infraconstitucionais.

2.2.4 O princípio da presunção de inocência na Espanha

Sob o enfoque do direito espanhol, Bento³⁵³ aponta que o princípio vem previsto na Constituição Espanhola de 1978, como observância necessária da dignidade da pessoa humana, cuja inserção se encontra no art. 24, itens 1 e 2. Assinala que a redação do texto constitucional, que também prevê o acesso à justiça, o direito a um processo público, aos meios de prova legítimos, e a uma defesa técnica, dispõe sobre a não obrigatoriedade de o cidadão declarar fato em seu prejuízo e nem de se confessar culpado.

Refere que o Tribunal Supremo Espanhol já se manifestou sobre a presunção de inocência enquanto direito fundamental e sua vinculação ao poder Estatal, que, segundo ele, o princípio *in dubio pro reo* cuida-se de um princípio universalmente reconhecido, o qual sustenta o reconhecimento da condição mais benigna ao réu, e que a Constituição Espanhola, ao prever que todos possuem direito à presunção de inocência, elevou o princípio *in dubio pro reo* à classe de norma constitucional, após um extenso processo que levou ao reconhecimento legal³⁵⁴.

³⁵³ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 63.

³⁵⁴ BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 64.

Nesse viés, Vilela assinala que, à semelhança do que ocorre com a Constituição Portuguesa, a Constituição Espanhola confere ao princípio da presunção de inocência a máxima amplitude, não o vinculando a nenhum campo específico de atuação – diferentemente do que ocorre nos diplomas internacionais, que o relacionam com a liberdade individual, e, nesse viés, ora ele se relaciona com a esfera probatória, ora assume regra de tratamento a ser outorgado ao réu.

Assenta que embora esse ordenamento confira especial importância ao princípio no âmbito probatório – de modo similar ao direito francês -, também o abarca enquanto regra de tratamento, implicando consequências concretas no âmbito da aplicação da prisão preventiva e também do decurso do processo. Sob esse viés, Aroca *apud* Vilela³⁵⁵ cita tratar-se de verdadeiro princípio, do qual resulta o tratamento de inocente ao réu durante todo o processo, o qual somente passa a ser considerado culpado por meio da sentença condenatória.

Junoy³⁵⁶ também explica que o princípio da presunção de inocência opera suas garantias em um duplo plano: a) de um lado incide sobre situações extraprocessuais e implica em regra de tratamento, especificamente no que se refere ao direito de o réu receber o tratamento de um inocente, não podendo a ele se aplicar consequências e efeitos dessa natureza; e b) de outro, possui desdobramentos no campo processual, com influência decisiva no regime jurídico probatório; implica dizer, sob esse aspecto, que toda condenação deve ser precedida de uma atividade probatória, estas que precisam ser legítimas e cuja carga recai sobre a acusação, e nunca recair, ao revés, o encargo de provar sua inocência ao acusado.

Explica, resumidamente, que a presunção de inocência, enquanto garantia processual, cinge-se à ideia de que toda pessoa acusada de uma infração penal é inocente até que se prove o contrário, sendo aplicável a todos os atos dos poderes públicos, sejam de natureza administrativa ou judicial.

Nesse viés, o direito à presunção de inocência, enquanto garantia processual, somente é prejudicado quando o juízo de culpabilidade se fundamenta

³⁵⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 68-69.

³⁵⁶ JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 155.

em provas legalmente produzidas, cuja atividade exige em um juízo oral, submetido aos princípios do contraditório, igualdade, publicidade, oralidade e imediatismo³⁵⁷.

Em referência à doutrina do Tribunal Constitucional, Junoy³⁵⁸ explica a distinção, por essa Corte realizada, entre o princípio *in dubio pro reo*, de origem jurisprudencial, e o princípio da presunção de inocência. Explica que ambos constituem manifestações de um genérico *favor rei*, cuja diferenciação reside no fato de o primeiro estar atrelado a um momento de valoração probatória, pois sua aplicação está afeta ao momento em que, mesmo havendo prova, resta a dúvida sobre a ocorrência dos elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, enquanto a eficácia do princípio da presunção de inocência se desenvolve quando se verifica a falta de provas realizadas de acordo com as garantias processuais.

Por fim, ao abordar o princípio da presunção de inocência e a aplicação de medidas cautelares que comportam privação de liberdade, explica que essas não implicam em violação ao princípio, repassando a compreensão do Tribunal Constitucional na realização de um juízo de acordo com a lei e com um julgamento de razoabilidade sobre o fim perseguido, analisando-se as circunstâncias concorrentes, já que uma desproporcional ou irracional implicaria em uma natureza punitiva em relação ao excesso³⁵⁹.

Moreno³⁶⁰, por sua vez, observa que o princípio da presunção de inocência, consoante consolidada jurisprudência do Tribunal Superior e do Tribunal Constitucional, constitui um dos princípios fundamentais do direito de punir contemporâneo, ao qual também atribui duplo significado: de um lado o princípio da livre valoração da prova, no processo penal – destinado, portanto, aos Juízes e Tribunais -, e de outro a obrigatoriedade de a sentença condenatória se fundamentar em autênticos atos de prova e que essa atividade probatória seja suficiente para gerar em Juízo não apenas a existência do fato punível, mas também a responsabilidade

³⁵⁷ JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 156.

³⁵⁸ JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 163-164.

³⁵⁹ JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997. p. 164.

³⁶⁰ MORENO, Faustino Cerdón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Navarra: Aranzadi, 1999. p. 155.

penal que o réu tinha em relação a esse fato, de modo a afastar a presunção que se mantém em relação ao acusado.

Em referência ao Tribunal Constitucional Espanhol, menciona que o alcance do princípio também está afeto à necessidade de que o juiz, ao tomar sua decisão no processo, parta da presunção de inocência do acusado enquanto regra de juízo, o que implica dizer que o réu chega em juízo como inocente, e dele somente pode sair culpado se essa condição for prejudicada a partir das provas realizadas pela acusação.

Como corolário, a garantia assenta-se na necessidade de que a condenação esteja fundamentada em provas lícitas e que essas provas sejam produzidas por um meio de prova válido, assim considerado o juízo oral, submetido ao contraditório, citando, ainda, quais os meios de prova, além dos meios tradicionais, são considerados válidos a afastar a presunção de inocência, e quais não seriam aptos a esse propósito³⁶¹.

2.2.5 O princípio da presunção de inocência em Portugal

O princípio da presunção de inocência, no ordenamento jurídico Português, vem inserido no artigo 32 da Constituição da República Portuguesa, onde se encontram previstas as garantias do processo criminal, especificamente no n. 2, que prescreve “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”³⁶².

Segundo Vilela, embora erigido à categoria do direito constitucional somente em 1976³⁶³, o princípio foi incorporado ao Direito Português também por força das normas de direito internacional³⁶⁴, sobretudo por força da Declaração

³⁶¹ MORENO, Faustino Cordón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Navarra: Aranzadi, 1999. p. 155-161.

³⁶² PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2018.

³⁶³ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 17.

³⁶⁴ Ver artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (artigo 11)³⁶⁵, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1953 (artigo 6º)³⁶⁶, e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 14, n.º 2)³⁶⁷, cujas normas internacionais já possuíam plena recepção anteriormente à Constituição Portuguesa (1976), por força da Constituição de 1933, e, até sua entrada em vigor, em razão dos artigos 26.º do Código Civil de 1867 e 6.º do Código Comercial de 1888³⁶⁸.

Conforme Miranda e Medeiros³⁶⁹, a elevação de sua previsão ao plano constitucional, contudo, não constituiu mero rigor formal, conferindo-lhe, a norma constitucional, a partir deste momento, conteúdo normativo-constitucional – este que ultrapassa, por certo, a classificação de princípio geral de direito –, colocando-o como direito fundamental destinado a servir a liberdade e as garantias pessoais do cidadão.

Referem que o artigo 32 está a tratar dos direitos, liberdade e garantias aplicáveis ao processo penal, cujo ramo do direito possui estreita associação às normas constitucionais, já que são estas que definem a estrutura do Estado, as relações entre este e os cidadãos, e, por conseguinte, os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas.

Nesse viés, nas palavras de Queiroz³⁷⁰, a elevação do princípio da presunção de inocência a direito fundamental implica reconhecer-lhe um duplo carácter, qual seja a) o aspecto de direito individual, enquanto direito da pessoa humana (o indivíduo enquanto sujeito de direitos); e b) o aspecto coletivo ou institucional, enquanto limitação ao poder (imposição limitativa ao poder estatal).

³⁶⁵ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

³⁶⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem** [conforme as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 14]. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

³⁶⁷ “Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei”, BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**: Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

³⁶⁸ FAUSTO DE QUADROS, André; GONÇALVES Pereira. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 106-107.

³⁶⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada** (Introdução Geral – Preâmbulo – Artigos 1º ao 79º). Tomo I. 2. ed. Coimbra, Coimbra, 2010. p. 709.

³⁷⁰ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 30-31.

E, sobretudo na dimensão individual do direito fundamental em estudo que se encontram as mais relevantes consequências, notadamente pela força normativa que assume, por si só – independentemente da existência de lei -, do que decorre que somente pode ser restringido nos casos expressamente previstos no texto constitucional, e desde que para salvaguardar outros direitos ou interesses protegidos pela própria Constituição Portuguesa³⁷¹.

Carvalho e Brandão³⁷² referem que a Constituição Portuguesa de 1976, na mesma linha das demais constituições europeias do pós-guerra, dedicou um extenso rol aos direitos fundamentais, já que, ao mesmo tempo em que se buscava assegurar a relevância dos direitos fundamentais, também se pretendia impor ao Estado a tarefa de implementação da igualdade entre os homens, eliminando-se as diferenças de ordem material o que exigia uma intervenção, concomitantemente, restritiva e conformadora desses direitos.

Nesse viés, os direitos fundamentais assumiram papel de limites à atuação dos poderes constituídos, concebendo-se duas ordens e a construção de dois regimes, o que também ocorreu na Constituição Portuguesa de 1976, cujo texto trouxe: a) a ordem dos direitos, liberdades e garantias, e b) os direitos econômicos, sociais e culturais; o que implicou na concepção de um regime geral de direitos fundamentais, para todos os direitos, e um regime específico para os direitos, liberdades e garantias.

Explicam, nesse viés, que a grande diferença, no texto constitucional luso, em relação a essa distinção de tratamento quanto aos direitos fundamentais, encontra-se no art. 18, especificamente no item 2, o qual prevê uma reserva constitucional legislativa para a restrição dos direitos fundamentais que versam sobre direitos, liberdades e garantias, porquanto reconhecidos como elementos estruturantes do Estado³⁷³.

³⁷¹ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 32.

³⁷² CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. **Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – Estudo Comparado**. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de et al (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 15-16.

³⁷³ Dispõe o art. 18, n. 2 “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. PORTUGAL. [Constituição

Nesse sentido, somente em caso de autorização constitucional poderá haver restrição a essa espécie de direitos fundamentais. Esclarecem, contudo, que embora não exista essa restrição em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, estes que se submetem a uma reserva do possível, não se está a tratar de uma distinção em ordem de relevância entre esses direitos, pois ambas as categorias possuem enquadramento no âmbito dos direitos fundamentais³⁷⁴.

Denota-se que essa possibilidade de restrição a direitos fundamentais prevista no ordenamento jurídico português, consoante verificado no primeiro capítulo, cuida-se, de acordo com a classificação de Canotilho³⁷⁵, da denominada restrição estabelecida por lei, também chamada de reserva da lei restritiva, que ocorre quando os preceitos garantidores dos direitos, liberdades e garantias admitem, de forma expressa, a possibilidade de restrição por meio de previsão legal.

Nessa linha, Vilela³⁷⁶ aponta que a categorização da presunção de inocência enquanto direito fundamental, pela Constituição Portuguesa, também significa conferir-lhe o tratamento previsto nos artigos 17 e 18 da Constituição da República Portuguesa, que dispõem, respectivamente, sobre o regime e força jurídica dos direitos, liberdade e garantias, e tem como consequência as seguintes implicações:

(...) serem diretamente aplicáveis; (...); o facto de a sua restrição ter de se encontrar expressamente prevista na própria CRP (art. 18.º, n.º 2); o facto de a CRP, quando autoriza a sua restrição, esta só ser legítima se for exigida pela salvaguarda de outro direito fundamental, ou de outro interesse constitucionalmente protegido; o facto de a medida restritiva ter que obedecer ao princípio da proibição do excesso ou ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, subdividido, este último, no princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, de tal jeito que as restrições

(1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2018.

³⁷⁴ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – Estudo Comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de et al (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira.** Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

³⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 1276- 1277.

³⁷⁶ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra, 2005. p. 22.

se limitem ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2)³⁷⁷.

Patrício³⁷⁸ menciona que a primeira incidência do princípio da presunção de inocência situa-se em matéria de prova, do qual decorre, fundamentalmente, três consequências, quais sejam: a de inexistir um ônus probatório ao réu, ou seja, ele não precisa provar sua inocência para ser absolvido; o *in dubio pro reo*; e a posição processual de mero contraditor do acusador, não sendo o réu um objeto de prova, tampouco um meio de prova no processo³⁷⁹, esta última que possui relação com o princípio da dignidade pessoal, não sendo o réu obrigado a contribuir com o tribunal em matéria probatória.

Segundo esse autor, a articulação da presunção de inocência com o *in dubio pro reo* – o qual procura responder ao problema da dúvida sobre o fato, determinando que o juiz não pode abster-se de, na dúvida, decidir e, apontando que, em tais casos, deve o réu ser absolvido – ocorre na medida em que este constitui um dos corolários do princípio da presunção de inocência³⁸⁰.

Segundo Vilela³⁸¹, por sua vez, tanto o princípio do *in dubio pro reo*, como o princípio da presunção de inocência, constituem uma aplicação concreta do *favor rei* – o qual está presente sempre que, sob qualquer ponto de vista, venha-se assumir postura ou revelar-se favorável ao acusado, e, segundo Vázquez *apud* Vilela³⁸² impõe ao julgador seguir a tese mais favorável ao arguido sempre que a acusação não demonstrar a responsabilidade penal.

Patrício³⁸³ também expõe, nesse sentido, que a presunção de inocência constitui uma presunção em sentido técnico-jurídico, trata-se, ainda, de um direito do

³⁷⁷ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 22.

³⁷⁸ PATRICIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal** - alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019. p. 44.

³⁷⁹ PATRICIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal** - alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019. p. 38-39.

³⁸⁰ PATRICIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal** - alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019. p. 41-42.

³⁸¹ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 73.

³⁸² VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 74.

³⁸³ PATRICIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal** - alguns problemas. Coimbra: Almedina, 2019. p. 47-48.

arguido – impondo, por isso, que normas penais não consagrem presunção de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal de fatos presumidos, além de constituir um comando dirigido aos sujeitos processuais, ou seja, trata-se também de um regra de tratamento a ser conferida ao acusado.

Cuida-se, nesse viés, do direito de ser presumido inocente e de assim se tratado durante todo o processo – dentro e fora dele -, de modo que, tanto qualitativa, como quantitativamente, as restrições e a negação de seus direitos devem ter o menor alcance possível. Logo, possui o réu o direito de não ter a titularidade do ônus da prova, o direito de se beneficiar do *in dubio pro reo*, e a não ser um objeto de prova, mas um livre contraditor nos autos, com igualdade de armas em relação à acusação.

Vilela³⁸⁴, ao tratar sobre as acepções que o princípio da presunção de inocência assume no direito luso, afirma que são duas as espécies de alcances conferidos ao princípio - ambas enquanto direito diretamente aplicável: uma como regra de tratamento a ser dispensado ao arguido durante o processo, e outra como regra de direito processual penal, ou seja, de convicção/valoração da prova no momento da sentença, sendo corolário deste, portanto, o princípio *in dubio pro reo*.

Também Canotilho e Moreira³⁸⁵ afirmam que o princípio da presunção de inocência surge em articulação com o *in dubio pro reo*, e, além de constituir uma garantia subjetiva ao réu, também se trata de uma imposição dirigida ao juiz, este que deve se pronunciar de forma favorável ao acusado sempre que não tiver certeza sobre os fatos.

Afirmam que não constitui tarefa fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência, pois, levando-se em consideração o seu rigor verbal, poder-se-ia levar à interpretação da proibição de medidas investigativas e cautelares ou mesmo à proibição de suspeitas sobre a culpabilidade. Apontam, assim, como conteúdo adequado à interpretação dos princípios, sete acepções a serem observadas:

³⁸⁴ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 58-59.

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 203-204.

(a) proibição de inversão do ônus da prova em detrimento do arguido; (b) preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; (c) exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; (d) não incidência de custas sobre arguido não condenado; (e) a proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares (cfr. AcTC nº 198/90); (f) proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal³⁸⁶.

Nas palavras de Miranda e Medeiros³⁸⁷, se no passado o princípio da presunção de inocência significou valor de reação contra os abusos, compreendido sob a ótica da não presunção de culpa, na atualidade assume o significado de um ato de fé nos valores éticos da pessoa, próprio de uma sociedade livre e democrática.

Referem que o princípio possui consequências em toda a estrutura do processo penal, no sentido de que deve o processo assegurar todas as garantias necessárias para o exercício da defesa pelo inocente, inexistindo motivos para não se considerar assim quem ainda não foi declarado culpado por meio de uma sentença condenatória com o trânsito em julgado. Dessa previsão resultam consequências práticas e de ordem processual, como a inadmissibilidade de qualquer espécie de culpabilidade coletiva ou por associação – já que esta deve ser provada no caso particular, como também a estreita legalidade, a subsidiariedade e excepcionalidade das medidas de coação ou restritivas de liberdade.

É que, na medida em que o réu deve receber o tratamento processual de inocente, as medidas privativas ou restritivas de direito devem assumir natureza excepcional, cujos perigos justificativos da adoção da coação exigem a apreciação no caso em concreto, de acordo com os indícios colhidos, não podendo ser apreciados em abstrato.

De acordo com os autores, além de o princípio possuir reflexos no âmbito processual penal, projeta-se também na organização e funcionamentos dos tribunais, no direito penitenciário e porventura no direito penal. Constitui importante regra sobre apreciação de prova, identificando-se, conforme elucidam, com o princípio *in dubio*

³⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 203.

³⁸⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**: (Introdução Geral – Preâmbulo – Artigos 1º ao 79º). Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 722-723.

pro reo, na acepção de que um *non liquet* em relação à matéria deve ser valorado em favor do réu³⁸⁸.

Por vezes identificado com o princípio da livre convicção do julgador, impõe o pleno afastamento, no âmbito do processo penal, de todas as espécies de presunções, estas que não dispensam o julgador de buscar a verdade³⁸⁹ e assegurar ao réu todos os meios práticos a demonstrar as infundadas razões de uma presunção³⁹⁰.

No tocante ao termo presunção, Vilela³⁹¹ refere que não se está a tratar, na hipótese, nem de presunção ilidível (*iuris tantum*) nem inilidível (*iure et de iure*), cuja distinção reside na admissão ou não da prova em sentido contrário, mas que a norma, na mesma linha do entendimento, de um modo geral, da doutrina portuguesa, espanhola e italiana, cuida de uma presunção judicial, e não de uma presunção no sentido técnico-jurídico.

A despeito do conteúdo conferido ao princípio na ordem interna portuguesa em detrimento das previsões no âmbito internacional, Batisti³⁹² refere que os instrumentos internacionais, quando dispõe acerca do princípio – e cita a Declaração de Direitos Universais do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) –, têm como termo final a

³⁸⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada:** (Introdução Geral – Preâmbulo – Artigos 1º ao 79º). Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 724.

³⁸⁹ Sobre o princípio da verdade real, cabe citar importante contributo de Geraldo Prado, no sentido de que esse princípio reflete, na atualidade, um ideal inalcançável, o qual cede lugar a uma verdade relativa ao estado dos conhecimentos e experiências contemporâneas, que corresponde ao que a parte buscou demonstrar durante o processo. Assenta, nesse viés, que a legitimidade da atividade jurisdicional não mais se assenta em tal finalidade - ou seja, na busca pela verdade real -, mas encontra-se condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial – reduzindo-se, assim, o subjetivismo inerente a todo julgador –, o que somente poderá ocorrer na medida em que sejam efetivamente assegurados os direitos e garantias fundamentais, possibilitando-se às partes a demonstração da correspondência entre as teses suscitadas e as provas produzidas no processo. (PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 73-74).

³⁹⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada:** (Introdução Geral – Preâmbulo – Artigos 1º ao 79º). Tomo I. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 725.

³⁹¹ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal.** Coimbra: Coimbra, 2005. p. 82.

³⁹² BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência:** apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 222-223.

previsão acerca da comprovação da culpa, não mencionando o trânsito em julgado como o momento de comprovação dessa.

Observa, contudo, que tais instrumentos não preveem especificamente a existência de recurso processual, à exceção do Pacto Internacional e da Convenção Americana, onde são encontradas previsões de necessidade de previsão de recursos nos ordenamentos jurídicos e, ainda, a voluntariedade na interposição dos recursos.

Refere, assim, que a Constituição Portuguesa – na mesma linha do critério adotado no Brasil, consoante se verá adiante – seguiu o caminho pela delimitação da redação do princípio da presunção de inocência no texto constitucional, conferindo-lhe um termo maior do que os instrumentos internacionais, pois adota e exige o trânsito em julgado como termo final para que o arguido seja considerado culpado e cesse o princípio da presunção de inocência em seu favor³⁹³.

2.2.5.1 A categoria trânsito em julgado e o sistema recursal português

Ao explorar o sentido do trânsito em julgado, nessa linha, Batisti³⁹⁴ assenta que não há como se declarar uma sentença definitiva na pendência de recurso. Na medida em que o recurso constitui uma regra inerente ao processo, em decorrência de normas de direito internacional público ratificadas por Portugal – o que também ocorre no ordenamento jurídico brasileiro – forçoso reconhecer a impossibilidade de se declarar alguém culpado, ainda, sem que tenha tido a oportunidade de recorrer a outra instância, de acordo com a lei.

A noção de trânsito em julgado da sentença condenatória, no ordenamento jurídico luso, é retirada da lei processual civil, aplicável subsidiariamente, e que, em seu artigo 628, dispõe que “considera-se transitada em julgado logo que não seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação”³⁹⁵. E, de acordo com o que ensina a doutrina de Albuquerque “o momento do trânsito em julgado não pode ser manipulado: não é admissível um **caso julgado ‘provisório’** sujeito a condição

³⁹³ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 223-225.

³⁹⁴ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 226.

³⁹⁵ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>. Acesso em: 01 set. 2020.

resolutiva com vista a evitar o efeito prático do termo do prazo de prisão preventiva e a sujeição ao regime de execução de penas do arguido recorrente da decisão Condenatória do STJ para o Tribunal Constitucional (acórdãos do TC n.º 1166/96 e n.º 524/97) (...)”³⁹⁶.

Em análise ao sistema processual penal recursal português, Albuquerque³⁹⁷ cita que a consagração do direito ao recurso está prevista no art. 210 da Constituição da República Portuguesa, que estabelece a hierarquia dos Tribunais. Denota-se que a estrutura está assim disposta: Tribunal Constitucional, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais judiciais de 2ª instância - que são, em regra, os Tribunais da Relação -, e Tribunais judiciais de 1ª instância – que são, em regra, os Tribunais de Comarca³⁹⁸.

Consoante destaca Canotilho³⁹⁹, contudo, embora a Constituição de Portugal, por meio dessa normatização, preveja vários graus de jurisdição, não significa a submissão obrigatória e necessária de toda a decisão a um duplo grau de jurisdição. Bem destaca que o duplo grau, entendido no seu sentido mais restrito, significa “a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior (‘instância de segundo grau’)

De acordo com essa doutrina, ainda, “a consagração de uma hierarquia dos tribunais judiciais comuns permite a conclusão de que o legislador ordinário não

³⁹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código de processo penal**: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem. 4ª ed. Lisboa, Universidade Católica, 2011. p. 970-971. Grifo no original.

³⁹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código de processo penal**: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011. p. 1035-1036.

³⁹⁸ “Artigo 210.º (Supremo Tribunal de Justiça e instâncias).

1. O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.

2. O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é eleito pelos respectivos juízes.

3. Os tribunais de primeira instância são, em regra, os tribunais de comarca, aos quais se equiparam os referidos no n.º 2 do artigo seguinte.

4. Os tribunais de segunda instância são, em regra, os tribunais da Relação.

5. O Supremo Tribunal de Justiça funcionará como tribunal de instância nos casos que a lei determinar.” PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2018.

³⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, [2017?]. p. 667.

é livre de suprimir em bloco os tribunais de recurso ou os recursos”, não havendo, no entanto, um direito ilimitado ao recurso.

Explicita, então, que tais limitações ocorrem em três sentidos: o primeiro, de que não há direito de recorribilidade de todas as decisões (despachos e sentenças); segundo, de que não há qualquer direito irrestrito ao esgotamento de todas as instâncias previstas pela lei, ou seja, não haveria direito a um triplo grau de jurisdição⁴⁰⁰; e, por fim, de que inexistente o direito irrestrito à audiência de julgamento de recurso⁴⁰¹.

No mesmo sentido Albuquerque⁴⁰² destaca que a Constituição da República Portuguesa, ao consagrar uma hierarquia dos tribunais na ordem interna portuguesa, permite a conclusão de que ao legislador ordinário não é possível a supressão em bloco dos tribunais de recursos ou destes.

Em referência ao art. 399 do Código de Processo Penal Português, menciona tratar-se de um princípio geral de recorribilidade das decisões, o qual concede permissão para recorrer de acórdãos, sentenças e despachos cuja irrecorribilidade não esteja prevista em lei.

Destaca, contudo, a partir da interpretação desse sistema, que inexistente um direito irrestrito ao recurso por parte dos participantes processuais, que não há também um direito irrestrito ao esgotamento de todas as instâncias previstas em lei, e que também não há um direito irrestrito à audiência de julgamento do recurso. Refere que, embora o legislador constituinte tenha conferido particular importância a essa questão no âmbito do processo penal, consagrando um direito constitucional do arguido ao recurso - no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição -, esse direito consubstancia-se em um direito limitado para recorrer, nos termos da legislação ordinária.

⁴⁰⁰ Segundo se extrai da lição de Antunes, a referência a existência de um triplo grau de jurisdição remete ao princípio do duplo grau de recurso, de acordo com o qual ainda se admite recurso da decisão proferida em sede recursal, possibilitando o acesso a um terceiro grau, ainda que exclusivamente quanto à matéria de direito. (ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 213).

⁴⁰¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra, Coimbra, 2007. p. 127.

⁴⁰² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem**. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011. p. 1035-1036.

Da estrutura recursal no sistema processual penal, nesse viés, Silva aponta que esta se subdivide em recursos ordinários e recursos extraordinários. Os primeiros, também chamados de recursos de renovação, “são os que dizem respeito a decisões que ainda não transitaram em julgado, visando a conseguir uma renovação da discussão e nova decisão” ⁴⁰³, e, os segundos, também denominados de recurso de reparação, são aqueles que recam sobre as decisões já transitadas em julgado, com o objetivo de reparação de um erro ou equívoco judiciário cometido, subdividindo-se em recurso de revisão⁴⁰⁴ e em recurso para fixação da jurisprudência⁴⁰⁵.

No mesmo sentido, Antunes⁴⁰⁶ esclarece que enquanto os recursos ordinários são aqueles interpostos das sentenças que ainda não transitaram em julgado, e os de natureza extraordinária, por sua vez, são aqueles interpostos contra sentenças já transitadas em julgado, cuja possibilidade de recurso está atrelada à intenção de harmonização da finalidade do restabelecimento da paz jurídica comunitária e do réu com a finalidade de alcance da verdade material e da realização da justiça.

Consoante elucidado por Albuquerque⁴⁰⁷, por fim, não se denota que a Constituição da República Portuguesa ampare uma intangibilidade absoluta do caso julgado, a exemplo da previsão constitucional de revisão da sentença criminal condenatória.

2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL

Visto o processo histórico evolutivo do princípio da presunção de inocência na ordem internacional, e sua proteção à luz do direito estrangeiro, parte-se ao

⁴⁰³ SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal III**. 3ª ed. Lisboa: Verbo, 2009. p. 311.

⁴⁰⁴ Artigo 449. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 31 ago. 2020

⁴⁰⁵ Artigo 437. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 31 ago. 2020

⁴⁰⁶ ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 210.

⁴⁰⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem**. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011. p. 974.

aprofundamento do estudo acerca do princípio na ordem jurídica interna brasileira. Faz-se-o mediante um breve apanhado histórico das Constituições anteriores, para se adentrar na previsão legal assegurada no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que garante a presunção de inocência, e suas implicações decorrentes da ordem constitucional e no âmbito interno do direito processual penal.

2.3.1 Aspectos históricos e implicações de âmbito constitucional

Segundo Piovesan⁴⁰⁸, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que surgiu a verdadeira internacionalização dos direitos fundamentais, de modo que, no ordenamento jurídico brasileiro, foi a Carta Constitucional de 1988 o instrumento que institucionalizou e instaurou o regime democrático e introduziu indiscutível e significativo avanço na consolidação desses direitos⁴⁰⁹.

Sob o aspecto da normatização do princípio da presunção de inocência, como visto⁴¹⁰, nesse período foram inúmeros os diplomas internacionais que o asseguraram, iniciando-se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, até a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, firmada no ano de 2000.

Nesse cenário, segundo Giacomolli⁴¹¹, a categorização do princípio ao patamar de norma expressa constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, ocorreu somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como visto acima, embora os textos constitucionais, até então, dispusessem sobre um rol de direitos e garantias individuais, tratavam a questão da presunção de inocência mediante a disposição genérica no sentido de que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluiriam outros decorrentes do regime e princípios nele adotados.

⁴⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle (posição 2608).

⁴⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle (posição 1171).

⁴¹⁰ Capítulo 2, item 2.1.

⁴¹¹ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

E, segundo cita, essa foi a linha adotada pelas disposições constitucionais da Constituição de 1891 (art. 78), na Constituição de 1934 (art. 114), no texto constitucional de 1937 (art. 123), na Carta Constitucional de 1946 (art. 144), na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (art. 150, § 35), bem como o art. 153, § 36 da Emenda Constitucional de 1969.

Daí que, segundo Távora e Alencar⁴¹², embora inserido expressamente somente com a Constituição Federal de 1988, a aplicação do princípio da presunção de inocência já era invocada por decorrer do sistema processual interno de forma implícita, o que ocorria a partir da normatização internacional.

Inserido, assim, no texto constitucional de 1988 dentre o rol de direitos e garantias individuais, e situado como direito fundamental⁴¹³, o princípio – cuja redação sofreu influência do texto constitucional italiano⁴¹⁴ e é referido por Giacomolli⁴¹⁵ como um princípio de “elevado potencial político e jurídico”, o qual constitui um indicativo de um modelo de base para o processo penal – restou assim normatizado “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁴¹⁶.

Na palavras de Távora⁴¹⁷, o texto constitucional brasileiro, se comparado com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuidou de conferir maior amplitude ao estado de inocência, isso porque aquela, embora ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, estabeleceu, em seu art. 8º, n. 2, que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”⁴¹⁸, enquanto a Constituição da República

⁴¹² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 69.

⁴¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 3160).

⁴¹⁴ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

⁴¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 442.

⁴¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 69.

⁴¹⁸ BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 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: 31 ago. 2020.

Federativa do Brasil fixou como limite o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Carvalho e Brandão⁴¹⁹ referem que a Constituição Federal de 1988, de acordo com a linha mais avançada do constitucionalismo contemporâneo, agasalhou os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, tendo recebido influências do constitucionalismo francês, norte-americano, italiano, português e alemão, contemplando, dentre outras, a garantia de presunção de inocência, esta que, ao lado das demais, cumpre importantíssima função no sistema processual penal brasileiro, pois norteia a interpretação do Código de Processo Penal (CPP) – afastando-se de sua feição original para uma interpretação democrática, o que supre a defasagem da legislação infraconstitucional nesse particular.

Referem que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê um extenso rol de direitos fundamentais, em referência ao art. 5º do texto constitucional, cujo § 1º assegura que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, sem que se faça distinção quanto à natureza do direito.

De acordo com Moraes⁴²⁰, a consagração constitucional do princípio constitui um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia do processo penal, que objetiva a tutela da liberdade pessoal. De sua previsão, decorre a necessidade de o Estado comprovar a culpa do indivíduo, este que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de se incorrer em arbítrios, que implicaria no afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem a observância do devido processo legal e a decisão definitiva do órgão competente.

Explica, assim, com a superveniência do texto constitucional de 1988 restou proclamado explicitamente um princípio que já existia no ordenamento jurídico positivo, cuja consagração, contudo, não tem o condão de afastar a

⁴¹⁹ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – Estudo Comparado. *In*: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de *et al* (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal**: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira. Coimbra: Almedina, 2009. p. 36-39.

⁴²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

constitucionalidade de prisões provisórias, pois não obstante a previsão *juris tantum* do princípio, podem validamente incidir sobre o *status libertatis*⁴²¹.

Ao abordar o princípio sob aspecto constitucional probatório, Sarlet⁴²² refere que a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência possui influência direta sobre o ônus da prova, já que possui, como conteúdo mínimo, a distribuição estática do ônus da prova no processo penal, competindo sempre à acusação a prova das alegações que descrevam o crime.

Elucida que, no sistema processual brasileiro, o julgador é livre para a valoração da prova, mas que valoração e convencimento, contudo, não se confundem, isso porque o convencimento está atrelado às exigências do direito material e obedece a níveis de certeza para a decisão da causa. Daí que a regra da presunção de inocência, no processo penal, exige um modelo para a formação do convencimento, sob pena de receber contornos por demais esfumados e tornar essa garantia ilusória.

Logo, a presunção de inocência e o ônus da prova exigem que a condenação criminal somente seja prolatada quando houver o convencimento do julgador, acerca da culpa, para além dúvida razoável, exigindo-se que o convencimento ocorra justificadamente, conjugando-se, com estes, o dever de motivação das decisões judiciais⁴²³.

Por fim, consoante elucida Aury Lopes Júnior⁴²⁴, a relevância do princípio o eleva à denominação de reitor do processo penal, constituindo o seu nível de observância (eficácia), em última análise, um vetor para a verificação da qualidade de um sistema processual. Destaca que a complexidade do princípio faz com que ele atue, no ordenamento jurídico brasileiro, em diferentes dimensões do processo penal,

⁴²¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 91.

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 907.

⁴²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 907-908.

⁴²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 353-354.

cuja essência principiológica pode ser assim resumida: dever de tratamento e regra de julgamento.

2.3.2 O princípio da presunção de inocência no sistema processual penal

Segundo elucida Batisti⁴²⁵, foi a Convenção Européia dos Direitos do Homem o instrumento normativo que, no âmbito internacional, ao inserir um critério processual extensivo ao princípio da presunção de inocência – condicionando o princípio à culpabilidade legalmente provada -, conferiu-lhe um sentido processual, e não apenas material, assumindo o princípio, consoante refere, um “*status universal definitivo*”, passando a enfatizar-se no âmbito do processo.

Aury Lopes Júnior⁴²⁶ também elucida que o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, constitui o princípio reitor do processo penal brasileiro, ponderando que, em última análise, a qualidade de um sistema processual penal pode ser verificada a partir do nível de observância (eficácia) desse princípio, tamanha a importância que ele assume.

Ressalta que a importância do princípio, sob a perspectiva do julgador, importa não apenas em adotar uma posição negativa – no sentido de não considerar o réu culpado –, mas de assumir uma postura positiva em relação a essa questão, ou seja, de tratá-lo efetivamente como inocente⁴²⁷.

Assenta, ainda, Aury Lopes Júnior⁴²⁸ que a garantia da presunção de inocência até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória implica, sob o aspecto de tratamento da parte passiva, em inúmeras regras, como a atribuição do ônus da prova à acusação, a obrigatoriedade da comprovação da ocorrência do delito, como também a aplicação da pena por meio de um processo que assegure todas as

⁴²⁵ BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 44.

⁴²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185.

⁴²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 186.

⁴²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 188.

garantias ao acusado, por meio de uma sentença fundamentada – citando a motivação como instrumento da racionalidade do julgador.

Vegas Torres⁴²⁹ *apud* Aury Lopes Júnior⁴³⁰, a partir da análise constitucional do princípio, e com base no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aponta para três principais manifestações integradoras do princípio, quais sejam: a) cuida-se um princípio fundante, em torno do qual se desenvolve o processo penal, e cujo princípio estabelece garantias ao imputado frente ao Estado; b) cuida-se de um postulado relacionado ao tratamento do imputado, o qual deve se tratado como inocente, reduzindo-se ao máximo as restrições de seus direitos; e c) cuida-se de uma regra dirigida ao âmbito probatório, cujo ônus da prova completa da culpabilidade recai sobre a acusação.

Para Aury Lopes Júnior⁴³¹, o princípio da presunção de inocência, cujo marco é o trânsito em julgado da condenação, irradia sua eficácia em três diferentes dimensões: a) enquanto norma probatória, pois impõe uma atribuição de carga probatória ao acusador; b) enquanto norma de tratamento, esta que exige que o réu seja tratado como inocente, subdividindo-se em duas dimensões (interna e externa ao processo); e c) enquanto norma de julgamento: esta que atua dirigida ao juízo, e atua em um nível de exigência de suficiência probatória para a prolação de um decreto condenatório; atua, consoante explica, como um “*standard* probatório”, e não se confunde com regra probatória, esta que possui natureza objetiva.

Badaró⁴³², por sua vez, também enfatizando três enfoques decorrente do princípio, sustenta que suas implicações ocorrem: a) enquanto garantia política do estado de inocência, a qual destaca como sendo a primeira e, quiçá, a forma mais importante de analisá-lo, já que essa acepção enfatiza o reconhecimento do princípio como componente basilar de um modelo de processo penal respeitador da dignidade humana e de seus direitos essenciais, ligando-se à própria finalidade do processo penal; b) como regra de julgamento em caso de dúvida – acepção esta que se

⁴²⁹ *In Presunción de Inocencia y Prueba em el Proceso Penal*, de Jaime Vegas Torres, p. 35 e ss.

⁴³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 138-139.

⁴³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 140-144.

⁴³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 280.

confunde com o *in dubio pro reo*; e c) como regra de tratamento ao acusado ao longo do processo, esta que impede o tratamento como se culpado fosse, cuja implicação clara constitui a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a proibição de execução antecipada – ou provisória – da sanção penal⁴³³.

Enquanto garantia política ao acusado, segundo Pisani *apud* Badaró⁴³⁴, ainda, presunção de inocência, nesse viés, garante a liberdade do acusado em face do interesse coletivo à repressão penal.

Retomando os estudos segundo Aury Lopes Júnior⁴³⁵, segundo elucida o autor, ao abordar o princípio enquanto dever de tratamento, o estado de inocência atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. A primeira, que implica em um dever de tratamento destinado ao juiz e ao acusador, no âmbito interno do processo, os quais possuem a obrigação de tratar o réu efetivamente como inocente, o que implica em não se exceder na utilização de medidas cautelares e, sobretudo, ter em mente que a partir do princípio a carga probatória resta atribuída integralmente ao órgão acusador, cabendo a este o dever de derrubá-la.

Destaca que essa dimensão implica, desse modo, em severas restrições ao abuso de prisões e outras medidas cautelares, estas que tem por finalidade garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficácia na aplicação do poder de punir⁴³⁶.

Nesse âmbito, o autor explica que o princípio da presunção de inocência, ao mesmo tempo em que possui um marco claramente demarcado, qual seja, até o trânsito em julgado – ponto, este, que o texto constitucional brasileiro supera as previsões de ordem internacional, já que explicita esse marco, na linha dos ordenamentos jurídicos português e italiano –, não é, contudo, absoluto, podendo ser relativizado em face da utilização das prisões e medidas cautelares.

⁴³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 283-286.

⁴³⁴ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

⁴³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 353-355.

⁴³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 141-142.

Afirma, desse modo, que no âmbito dessa dimensão do princípio, desde a fase investigativa até a fase recursal é possível a prisão do investigado ou réu, desde que estejam presentes os requisitos atrelados à cautelaridade, quais seja, os requisitos da prisão preventiva, cuja prisão não se confunde com aquela decorrente de uma execução antecipada da pena, ou seja, imposta em razão de um julgamento proferido em segunda instância e que ainda não tenha transitado em julgado⁴³⁷.

A segunda – dimensão externa do dever de tratamento –, explica que o princípio da presunção de inocência enquanto dever de tratamento ao réu também implica em limitações externas ao processo, consistentes nos limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado, este que deve receber o tratamento como inocente⁴³⁸.

Constitui o princípio, assim, um limite democrático ao abusivo emprego dos meios midiáticos em torno do fato criminoso e do processo judicial. Refere que o bizarro espetáculo montado pela mídia deve ser coibido com a eficácia do princípio da presunção de inocência⁴³⁹.

Para Badaró⁴⁴⁰, sob a ótica do princípio enquanto regra de tratamento, destaca-se a proibição de o réu, ao longo do processo, ser tratado ou considerado como culpado. Explica o autor que essa acepção veda inclusive a imposição de prisões automáticas ou obrigatórias – e também a execução antecipada ou provisória da pena⁴⁴¹ –, o que não significa, porém, a vedações de prisões de natureza cautelar, ou seja, fundadas em um concreto juízo de necessidade – e não em presunções abstratas, meramente –, ou de periculosidade, ou ainda em outro gênero, situações em que as prisões se apresentam compatíveis com o princípio da presunção de inocência.

⁴³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 899-900.

⁴³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 353-355; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 141-142.

⁴³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 580; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 141-142.

⁴⁴⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57-58.

⁴⁴¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

Enquanto regra de julgamento, por sua vez, Aury Lopes Júnior⁴⁴² explica que a presunção de inocência atua por meio do *in dubio pro reo*, ou seja, impõe a obrigação de a absolvição constituir critério pragmático de resolução da demanda em caso de dúvida judicial. Para Rui Cunha Martins *apud* Aury Lopes Júnior, a presunção de inocência deve integrar o processo decisório do juiz de tal modo a constituir uma preocupação do julgador, no sentido de este se preocupar efetivamente em tratar o acusado como inocente até que o órgão acusador derrube essa presunção, o que fará mediante a prova da autoria e da materialidade do delito. Enfatiza, por fim, que no processo penal brasileiro o ônus da prova é exclusivo do acusador, não havendo qualquer espécie de distribuição de cargas probatórias.

Badaró⁴⁴³, nesse sentir, enfatiza tratar-se de uma regra voltada aos casos de incerteza judicial quanto às questões processuais, necessária e que deve ser aplicada quando o julgador se deparar com a dúvida sobre fatos relevantes, situação em que, mesmo assim, deverá proferir uma decisão, cuja norma também deve ser aplicada aos casos de insuficiência probatória, pois, do contrário, estar-se-ia atuando contrariamente ao espírito constitucional.

Como decorrência da garantia da presunção de inocência enquanto regra de julgamento, Badaró⁴⁴⁴ assenta, ainda, a impossibilidade de admissão de presunções relativas em favor da acusação – algumas vezes, criadas pela jurisprudência e que tem como efeito a violação do *in dubio pro reo*⁴⁴⁵ –, bem como a inviabilidade de se admitir verdadeira inversão do ônus da prova em matéria processual penal, cujos destinatários são os legisladores e também os juízes. Aduz, a respeito, a impossibilidade técnica de uma inversão convencional envolvendo direitos indisponíveis.

⁴⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 355; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 590.

⁴⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 374 e 381.

⁴⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 362 e 371.

⁴⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 342-348.

Sob o aspecto da produção da prova e a distribuição de seu ônus no âmbito do processo penal, mediante a gestão judicial, Prado⁴⁴⁶ destaca que tanto a dedução de provas como a dedução da acusação constituem comportamentos processuais das partes que participam do processo, estas que se movem mediante comportamentos e finalidades distintas dos interesses do julgador. Assenta, assim, que a ação judicial é ditada pela imparcialidade e que a presunção de inocência age, nessa linha, como princípio constitucional de controle dessa imparcialidade. Logo, nesse sentir, modificar as ações de modificar o teor da acusação e de produzir provas de ofício, acabam por violar o princípio da presunção de inocência.

Este é ditado pela imparcialidade e a presunção de inocência atua como princípio constitucional de controle dessa imparcialidade. Modificar o teor da acusação e produzir provas de ofício são atividades que, em suma, atentam contra a presunção de inocência.

Ao tratar sobre a carga probatória e o *in dubio pro reo*, Aury Lopes Júnior⁴⁴⁷ refere também que, sendo o acusado presumidamente inocente, a ele nada incumbe provar, cabendo ao acusador destruir tal presunção sem que o acusado tenha dever algum de contribuir nesse processo de desconstrução da presunção, do que lhe assiste, assim, o direito ao silêncio.

Illuminati *apud* Aury Lopes Júnior, nesse viés, assenta que não há que se falar em carga da prova, mas sim em regra de julgamento, de modo que o processo penal implica em uma relação jurídica em que a questão da carga probatória encerra, na verdade, uma regra para o juiz, qual seja, a da proibição de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido efetiva e completamente comprovada⁴⁴⁸.

Sob o aspecto de regra de julgamento, ou seja, no sentido técnico-jurídico, explica o autor⁴⁴⁹ que a imposição de uma sentença condenatória implica o dever de comprovação, além de qualquer dúvida razoável, da culpa do acusado – acepção esta que, segundo explica, confunde-se com o princípio *in dubio pro reo*.

⁴⁴⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 239.

⁴⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 355-357.

⁴⁴⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 355-357.

⁴⁴⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57-58.

Nessa acepção, vale citar a lição de Prado⁴⁵⁰ que, ao dispor sobre o princípio acusatório e a atuação da defesa no âmbito do direito processual penal, destaca a necessidade de observância de que, no âmbito do direito processual penal, não haja redução ou eliminação da presunção de inocência, mediante inaceitável inversão do ônus da prova e pressão sobre o acusado a fim de que aceite soluções consensuais, estas que, algumas vezes, são realizadas ou orientadas como forma de desafogar a máquina judiciária.

Pacelli⁴⁵¹, sob a denominação de estado ou situação de inocência, também afirma que o princípio impõe ao Poder Público as observância de duas regras específicas em relação ao réu: a) uma regra de tratamento, a qual implica a impossibilidade de o acusado, durante o processo, sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação; e b) uma regra de fundo probatório, que estabelece que todos os ônus da prova sobre a existência do fato e de sua autoria constituem dever exclusivo da acusação, do que restaria à defesa demonstrar apenas eventual fato a ensejar a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, acaso pelo réu alegada.

Explica, sob o aspecto da primeira regra – de tratamento –, que o estado de inocência possui efetiva aplicabilidade no campo da prisão provisória, ou seja, na custódia em momento anterior ao trânsito em julgado, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, convencionou-se denominar “liberdade provisória”.

Destaca se tratar de função sobremaneira relevante no processo penal, a qual exige que toda privação da liberdade em momento anterior ao trânsito em julgado possua natureza – embasamento – exclusivamente cautelar, exigindo, ainda, uma ordem judicial devidamente motivada. Significa, assim, a proibição de antecipação de resultados finais, ou seja, de uma prisão que não esteja fundamentada em razões de extrema necessidade, atreladas à efetividade do processo e/ou da jurisdição penal.

Destaca que o estado de inocência, nesse viés, implica reflexos inclusive para o ato de indiciamento em um procedimento investigativo, o qual reclama a

⁴⁵⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 196-197.

⁴⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 81.

presença de justa causa para tal, pois também o ato de indiciamento acarreta uma carga significativa e socialmente onerosa ao estado de inocência. Refere, por fim, que essa norma, nos termos do que determina o §1 do art. 5º, possui aplicação imediata própria das normas que instituem direitos e garantias fundamentais⁴⁵².

Sob o aspecto do estado de inocência e a cautelaridade, afirma que o Código de Processo Penal brasileiro, que data do ano de 1941, foi construído a partir de um juízo de antecipação de culpa, e, embora já tenha sofrido algumas reformas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, duas foram as importantes consequências imediatas: a) instituiu-se um princípio afirmativo da presunção de inocência de toda a pessoa que estiver submetida à persecução penal; e b) garantiu-se que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.

Assenta, por fim, que o texto constitucional de 1988 conferiu tratamento distinto de suas origens ao dispor sobre o princípio da inocência – cuja origem remete aos ideais da Revolução Francesa e à queda do Absolutismo –, já que não faz referência à uma presunção de inocência, realizando a afirmação dela como valor normativo, a ser considerado em todas as fases processuais, ou seja, desde a fase investigativa até a fase processual⁴⁵³.

Esclarece Pacelli⁴⁵⁴, assim, que na ordem processual constitucional brasileira, toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser considerada provisória, cujo sentido implica em não ser considerada uma Prisão Pena⁴⁵⁵, e deve ser considerada cautelar, ou seja, possui fundação de acautelamento, de instrumentalidade de determinados interesses de ordem pública.

Para esse autor, como consequência da instituição de um princípio constitucional afirmativo de presunção de inocência, e da necessidade de ordem fundamentada e competente para a imposição de prisão anteriormente ao trânsito em

⁴⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 81-82.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 617.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 617-618.

⁴⁵⁵ O conceito operacional da categoria Prisão Pena é apresentado no decorrer do texto, especificamente no Capítulo 3, a partir do autor Tourinho Filho.

julgado da condenação, significa que toda e qualquer prisão deve estar pautada na necessidade e na indispensabilidade de tal providência, atendendo a relevante e específica finalidade, esta ou também deve ser encontrada no texto constitucional⁴⁵⁶.

A atuação estatal, nesse sentido, deve estar orientada pelas premissas constitucionais, de modo que toda prisão ou imposição de outra medida acautelatória deve partir de ordem fundamentada e amparada na indispensabilidade da providência.

Refere, que, ainda que a prisão em flagrante dispense ordem judicial, sua manutenção a exige, de modo que a atual legislação processual penal, sobretudo pela redação do atual art. 283 do Código de Processo Penal⁴⁵⁷, não deixa dúvidas de que somente se admite a prisão anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, seja na fase investigativa ou na fase processual, acaso presentes os requisitos de natureza cautelar, independentemente da instância em que se encontrar o processo⁴⁵⁸.

Conclui, nessa linha, que no ordenamento jurídico processual brasileiro, atualmente, em consonância com as determinações constitucionais da presunção de inocência e da necessidade de ordem escrita e fundamentada de autoridade competente para a imposição de prisão, não se admite a execução provisória em matéria penal, exigindo-se, que toda prisão anteriormente ao trânsito em julgado, possua natureza cautelar⁴⁵⁹.

Ressalta que a execução provisória da pena, nesse viés, constitui afronta ao princípio da presunção de inocência, como também atinge a redação atual do art. 283 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre as espécies de prisões no ordenamento processual penal brasileiro⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 618.

⁴⁵⁷ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (Redação conferida pela Lei n. 13.964, de 2019). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁴⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 619.

⁴⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 620.

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 757.

Nesse viés, segundo Vélez Mariconde⁴⁶¹ *apud* Tourinho Filho⁴⁶², o princípio da presunção de inocência significa que, sendo o acusado inocente, até que a sentença final o declare culpado, por certo que sua liberdade somente pode ser restringida a título cautelar, desde que se suspeite ser ele o culpado e, aliado a isso, a prisão seja indispensável a garantir a efetividade do direito penal e processual penal.

Para Lima⁴⁶³, elencado como direito fundamental, o princípio da presunção de inocência consiste no direito de, findo o devido processo legal – em que o acusado tenha exercido a ampla defesa e o contraditório -, não poderá ele ser declarado culpado se não houver trânsito em julgado da sentença condenatória. Refere, ainda, que a Constituição Federal de 1988, ao prever a necessidade do trânsito em julgado para o reconhecimento da culpabilidade, ampliou a proteção conferida pela presunção de inocência se comparado com outros documentos internacionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, este que apenas assegura a presunção de inocência do acusado até o momento do reconhecimento de sua culpa⁴⁶⁴.

Assenta que da normatização do princípio retiram-se uma regra probatória e outra de tratamento ao investigado (réu), esta no sentido de que a privação de sua liberdade ou a imposição de outras medidas cautelares deve ser dotada de excepcionalidade⁴⁶⁵.

E, no seu entender, por força do dever de tratamento decorrente do princípio da presunção de inocência, qualquer que seja a modalidade de Prisão Cautelar⁴⁶⁶ aplicada no âmbito do processo penal, não se pode admitir que essa seja

⁴⁶¹ *In* Derecho Procesal Penal, Ed. Córdoba, v. 1, p. 325.

⁴⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

⁴⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 466.

⁴⁶⁴ “[...] em virtude do texto exposto do Pacto de San José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já tivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, “h”). A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 466-467).

⁴⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 467-468.

⁴⁶⁶ O conceito operacional da categoria Prisão Cautelar é apresentado no decorrer do texto, especificamente no Capítulo 3, a partir do autor Tourinho Filho.

utilizada como antecipação da própria sanção penal, estando a presunção de inocência condicionada ao termo final do trânsito em julgado, de modo que a prisão cautelar somente “se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do status libertatis do indiciado ou do réu”⁴⁶⁷.

2.3.2.1 A categoria trânsito em julgado e o sistema recursal penal brasileiro

Importante destaque é realizado por Aury Lopes Júnior⁴⁶⁸ quanto ao marco claramente demarcado pelo texto constitucional para a aplicação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o trânsito em julgado. Consoante enfatiza, há uma delimitação explícita nesse sentido, cujo conceito dessa categoria possui fonte e história, não cabendo seu remanejo ou distorção.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se que o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, prescreve que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁴⁶⁹, de modo que a categoria trânsito em julgado – ou coisa julgada – é extraída do disposto no art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”⁴⁷⁰, estando, o conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória associado ao momento em que não mais caiba recurso para qualquer das partes – seja recurso de natureza ordinária ou extraordinária.

Segundo Plácido e Silva⁴⁷¹, a expressão trânsito em julgado designa a coisa julgada, ou seja, significa o trânsito em julgado formal. Elucida que:

[...] Entende-se como coisa julgada (*res judicata*) a sentença, que se tendo tornado irretratável, por não haver contra ela mais qualquer recurso, firmou o direito de um dos litigantes para não admitir sobre a

⁴⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 468.

⁴⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 141-140.

⁴⁶⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁴⁷⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

⁴⁷¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 475-476.

dissidência anterior qualquer outra oposição por parte do contendor vencido, ou de outrem que se sub-rogue em suas pretensões improcedentes.⁴⁷²

Nada obstante a distinção doutrinária entre coisa julgada formal e coisa julgada material, a primeira que, nas palavras de Bastos⁴⁷³, significa a imutabilidade ocorrida no âmbito do próprio processo, restringindo a ele seus efeitos, e, a segunda que corresponde, conforme Wilson de Souza Campos Batalha *apud* Bastos⁴⁷⁴, ao bem da vida denegado ou reconhecido pela sentença irrecorrível, Bastos assenta que o texto constitucional assegura a proteção integral das situações de coisa julgada⁴⁷⁵.

Refere, ainda, que duas são as implicações fundamentais da coisa julgada, a primeira é a irrecorribilidade que assegura a previsão da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 6º), e, a segunda, é a imutabilidade, traço distintivo da parte da decisão que se reveste da máxima preclusão, das demais questões discutidas no processo⁴⁷⁶.

O conceito de trânsito em julgado referido no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, portanto, relaciona-se com o cabimento/possibilidade recursal, este que decorre da existência de um duplo grau de jurisdição, princípio que restou consagrado no sistema jurídico constitucional brasileiro. Nada obstante a divergência acerca da natureza do princípio do duplo grau de jurisdição – se de natureza constitucional ou infraconstitucional – consoante abalizada doutrina, não restam dúvidas acerca da consagração desse princípio no ordenamento jurídico⁴⁷⁷.

Segundo elucida Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁷⁸, essa discussão decorre do fato de, inicialmente, na Constituição de 1824, o texto

⁴⁷² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 475-476.

⁴⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 338.

⁴⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 338.

⁴⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339.

⁴⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 339.

⁴⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 90.

⁴⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis**, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 90.

constitucional ter expressamente previsto a norma do duplo grau, e, nos textos constitucionais que se seguiram, ter inexistido qualquer declaração expressa, nada obstante a incorporação, pelo direito brasileiro, das normas de direito internacional, especialmente da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 8º, n. 2, “h”, prevê o direito ao recurso no processo penal, com possibilidade de restrições no âmbito civil, cuja norma foi incorporada internamente pelo direito brasileiro⁴⁷⁹.

Prevalece, contudo, que o princípio decorre da própria estrutura hierarquizada dos Tribunais, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 92 e ss., estando previsto, portanto, de forma implícita, e havendo, por certo, possibilidade de sofrer limitações por parte da legislação infraconstitucional. De acordo com a doutrina:

O duplo grau assegura à parte ao menos um recurso, qualquer que seja a posição hierárquica do órgão jurisdicional no qual teve início o processo. O sistema confere à parte vencida o direito de provocar outra avaliação do seu alegado direito, em regra perante órgão jurisdicional diferente, com outra composição e de hierarquia superior. Há casos, todavia, em que a reapreciação ocorre perante o mesmo órgão jurisdicional, alterada ou não sua composição originária⁴⁸⁰.

Para Tourinho Filho⁴⁸¹, tal constatação também possui natureza constitucional, oriunda do disposto no art. 92 da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a estrutura e órgãos do Poder Judiciário, também do art. 93, III - o qual faz alusão ao acesso aos tribunais de segundo grau, apontando para a existência de órgãos jurisdicionais também de primeiro grau -, como também do disposto no art. 108, que dispõe sobre a competência dos Tribunais Regionais Federais para o julgamento de recursos, e, ainda, do art. 5º, LV, segundo que assegura aos litigantes em processo administrativo ou judicial, a aos acusados em geral, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Compreende-se, portanto, que o duplo grau se refere à sujeição da matéria a um duplo julgamento, inexistindo qualquer obrigatoriedade de um grau seguinte de

⁴⁷⁹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 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: 31 ago. 2020.

⁴⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 91.

⁴⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado** (arts. 1º a 393). v. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 69.

jurisdição para a revisão da decisão. Não se trata, por isso, de um direito absoluto. Nas palavras de Marinoni, Mitidiero e Arenhart, “O legislador infraconstitucional, porém, não se encontra obrigado a observar essa regra em todos os casos, tanto é assim que existem inúmeras exceções na lei processual”⁴⁸².

Em decorrência, em termos de estrutura recursal, e consoante abalizada doutrina, denota-se que a estrutura constitucional subdivide os recursos em três espécies, quais sejam: de natureza ordinária, especial e extraordinário. Este último, restrito à questão de ordem constitucional, previstas exclusivamente no art. 102 da CRFB/88. O penúltimo, previsto no art. 105 da CRFB/88, visa submeter à revisão questão de índole infraconstitucional, e, finalmente, à espécie de recurso ordinário, cujo conceito é subsidiário, ou seja, todo recurso que não seja extraordinário ou especial⁴⁸³.

Nessa linha, Marinoni, Mitidiero e Arenhart⁴⁸⁴, ao tratarem sobre os efeitos dos recursos, além dos tradicionais efeitos citados pela doutrina – efeitos devolutivo e suspensivo⁴⁸⁵ - citam também o efeito obstativo, segundo o qual a interposição do recurso obsta a preclusão da matéria e a formação de coisa julgada, mantendo pendente o processo até o seu julgado. Assentam que o efeito devolutivo atribui à esfera recursal o exame ampliado da matéria impugnada, dentro dos limites do

⁴⁸² Explicam os autores, a respeito, que algumas espécies de decisões, proferidas em determinadas ações, apenas preveem de forma excepcional a possibilidade recursal, desde que esteja presente algum pressuposto específico, como ocorre com as sentenças proferidas em execuções fiscais com valores inferiores a ou iguais a cinquenta OTN, as quais admitem apenas um pedido de reconsideração ao juiz prolator; também nos casos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102), em que, das decisões dessa Corte, somente em casos excepcionalíssimos caberá recurso - ação rescisória e representação de inconstitucionalidade com decisão por maioria de votos, o qual é dirigido ao próprio Tribunal. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 508-509).

⁴⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado** (arts. 394 a 811). v. 2. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 574.

⁴⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015. p. 527.

⁴⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado** (arts. 394 a 811). v.2. 11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 574.

recurso⁴⁸⁶, enquanto o efeito suspensivo tem como consequência suspender os efeitos da decisão até que escoado o prazo recursal⁴⁸⁷.

Pacelli⁴⁸⁸ refere que, em matéria processual penal, especificamente nas ações penais condenatórias, o efeito suspensivo do recurso encontra-se umbilicalmente ligado à possibilidade, ou não, de realizar a prisão do acusado e, neste ponto, destaca que a prisão, em casos como este, somente é possível se presente a cautelaridade, não se podendo impor prisão em razão da circunstância exclusiva de ter havido uma condenação, cuja interpretação decorre da aplicabilidade do princípio da presunção de inocência.

Segundo elucida, mesmo entendimento se aplica aos casos de recurso especial e de recurso extraordinário, os quais são recebidos, via de regra, apenas no efeito devolutivo⁴⁸⁹ - conforme artigos 637 do CPP⁴⁹⁰ e 1.029, § 5º, do CPC/2015⁴⁹¹, aplicáveis subsidiariamente ao processo penal por força do art. 3º do CPP⁴⁹² -, de tal modo que, quanto a esses, discute-se, doutrinariamente e no âmbito dos tribunais, sobre a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória quando confirmada em segundo grau de jurisdição⁴⁹³.

⁴⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 522.

⁴⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 524.

⁴⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 702.

⁴⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 740 e 746.

⁴⁹⁰ “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020

⁴⁹¹ “Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:(...)”

§ 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: (...). BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁹² “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 740.

De todo modo, sustenta que também aqui cabe a prisão de natureza cautelar, desde que devidamente fundamentada enquanto medida acautelatória dos interesses da jurisdição, sendo inviável, contudo, a prisão como mera decorrência automática do esgotamento da via ordinária de impugnação⁴⁹⁴.

Gomes⁴⁹⁵, em abordagem às medidas cautelares e à presunção de inocência, destaca que, por esse princípio, todo acusado é presumidamente inocente, de modo que, de início, deve preponderar sua liberdade incondicionada, que tem como termo final a sentença condenatória com trânsito em julgado, cuja presunção também se aplica à fase investigativa. Refere, nesse viés, que mesmo após condenado em primeira instância, ainda que confirmada essa condenação em duplo grau de jurisdição, caso ainda esteja pendente algum recurso, seja de natureza ordinária ou especial, não se pode afastar, nem mesmo menosprezar, a presunção de inocência que milita em favor do acusado.

Apenas o recurso de revisão criminal, cuja previsão legal se encontra no art. 621 do Código de Processo Penal e é admitido apenas em benefício do réu – sendo vedada a revisão *pro societate* –, permite que a decisão condenatória passada em julgado possa novamente ser questionada, seja em razão de novas provas, seja em decorrência da atualização da interpretação jurídica pelas Tribunais, ou pela possibilidade de ter sido prestada, no julgamento anterior, melhor jurisdição⁴⁹⁶.

Pacelli⁴⁹⁷, nesse viés, também destaca que a coisa julgada desempenha um papel de considerável relevância para as decisões judiciais condenatórias, compreendendo-se, portanto, que a via judicial da revisão criminal não seja tão alargada, havendo requisitos mínimos e que impõem que essa espécie de recurso seja de fundamentação vinculada.

⁴⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 741.

⁴⁹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Título IX. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES Ivan Luiz (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 1240.

⁴⁹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 1240.

CAPÍTULO 3

PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA NO BRASIL: DOS FINS PROCESSUALMENTE DEMARCADOS AOS FINS MATERIAIS DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE

Após aprofundada análise dos direitos fundamentais e compreendido o conteúdo e forma da garantia constitucional da presunção de inocência, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, necessário abraçar o estudo das prisões no direito brasileiro, desde as prisões processuais à prisão pena, objetivando a compreensão da natureza, conteúdo e finalidade que cada uma delas assume, seus limites e distinções.

3.1 AS ESPÉCIES DE PRISÕES NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A partir da atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal, consoante destaca Aury Lopes Júnior⁴⁹⁸, duas são as espécies de privações de liberdade recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Denota-se, assim, da redação do dispositivo legal, recente modificado pela Lei n. 13.964/2019:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado ⁴⁹⁹.

Classifica o autor, assim, as espécies de prisões como a) Prisão Cautelar, esta que, consoante se verificará, subdivide-se em prisão preventiva e prisão temporária; e b) Prisão Pena, que consiste na execução definitiva da sentença – portanto, após o trânsito em julgado – e implica no cumprimento da pena privativa de liberdade.

No mesmo viés, Tourinho Filho⁵⁰⁰, ao conceituar a prisão como sendo a privação da liberdade individual de ir e vir, também distingue as duas espécies de

⁴⁹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 900-905.

⁴⁹⁹ Art. 283. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁰⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 326.

prisão: prisão pena e prisão sanção. A primeira, que consiste na segregação da liberdade em razão de uma sentença penal condenatória, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções penais, enquanto a segunda, que constitui a denominada prisão sem pena, com natureza cautelar.

Pacelli⁵⁰¹, ainda, assenta que, em razão de a Constituição da República Federativa do Brasil ter resguardado a situação de um princípio afirmativo quanto ao estado de inocência, e garantido que toda prisão anterior à condenação definitiva seja concretamente fundamentada e por ordem escrita da autoridade judiciária competente, toda e qualquer prisão cautelar deve estar pautada na necessidade ou na indispensabilidade de tal providência, a ser verificada em decisão fundamentada, conforme relevante e determinada finalidade.

Nota-se, portanto, que prisão cautelar e prisão pena constituem duas espécies distintas de modos de privação da liberdade do indivíduo, e, nesse sentir, não se confundem. Ambas as categorias merecem, por conseguinte, uma análise mais aprofundada, visando a compreensão de conceitos teóricos e finalidades, a fim de melhor embasar o presente estudo.

3.1.1 A prisão cautelar: aspectos teóricos e finalidades

Consoante os ensinamentos de Ferrajoli⁵⁰², a história da prisão cautelar, no curso do processo penal, encontra-se estritamente conectada com o princípio da presunção de inocência, pois, conforme aquela foi sendo admitida e praticada, também foram se desenvolvendo os estudos acerca dessa garantia. Afirma que enquanto em Roma, após experiências alternativas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o processo inquisitório, tornou-se essa medida um pressuposto ordinário da instrução, de modo que, somente com o Iluminismo e a redescoberta do processo acusatório, ela voltou a ser estigmatizada.

⁵⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 618.

⁵⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 508.

Inserida dentre as garantias de natureza cautelar, previstas no art. 282 e seguintes do Código de Processo Penal, Aury Lopes Júnior⁵⁰³ assenta que a prisão processual ou cautelar, enquanto medida dessa natureza, tem por finalidade garantir o normal desenvolvimento do processo, a fim de alcançar a eficácia quanto ao poder de punir. Trata-se, assim, de medida destinada a tutelar o processo, que, ao lado das demais medidas cautelares, possui caráter instrumental, já que se constituem como meios para se alcançar as finalidades propostas.

Maturana e López⁵⁰⁴ assentam que as medidas cautelares constituem mecanismos ou instrumentos de garantia de natureza patrimonial – portanto, de bens - ou de natureza pessoal – quanto às pessoas que se presumem responsáveis pelo delito –, que podem ser adotadas no âmbito do processo penal, com a finalidade última de garantir a eficácia de eventual sentença condenatória, diante do perigo da demora.

Nessa linha, destacam que as medidas cautelares aparecem com a finalidade de cautela, apresentando-se, assim, com radical diferença do propósito da pena. Referem que especialmente as medidas cautelares de natureza pessoal, compreendidas como aquelas que possuem o objetivo de privar ou limitar a liberdade do autor do delito, não podem ter nenhuma das finalidades da sentença, ou seja, não podem ter por objetivo a prevenção ou a retribuição, sob pena de se afastar das finalidades de garantia, uma vez que possuem nítida finalidade instrumental⁵⁰⁵.

Nas palavras de Badaró⁵⁰⁶, as medidas cautelares surgem como um instrumento que visa assegurar a eficácia do provimento final, no qual se decide não com a certeza, mas com um juízo de probabilidade - oriundo do *fumus commissi delicti* - de que, ao final, será aplicado o direito de punir, através de uma sentença penal condenatória. Nesse sentido, assenta o autor o caráter de instrumentalidade hipotética que assumem as medidas cautelares, as quais servem de instrumento para assegurar o resultado de uma hipotética condenação.

⁵⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 107.

⁵⁰⁴ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 425.

⁵⁰⁵ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 425-426.

⁵⁰⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 938.

Ao adentrar no estudo da tutela cautelar propriamente dita, sob essa mesma ótica, Badaró⁵⁰⁷ explica que, ao lado do processo de conhecimento e do processo executivo, o processo penal também conta com a tutela cautelar – embora o atual Código de Processo Penal brasileiro não contemple uma sistemática de ações cautelares⁵⁰⁸ –, o qual é compreendido e teorizado a partir de duas distintas acepções, ou seja, de medidas cautelares de natureza real ou patrimonial, e de medidas cautelares de natureza pessoal.

Refere que, enquanto as primeiras se encontram relacionadas ao patrimônio do réu, especificamente quanto aos bens móveis e imóveis - a exemplo do sequestro de bens e especialização e registro da hipoteca legal -, as medidas cautelares de natureza pessoal relacionam-se com a liberdade do acusado, compreendendo a prisão preventiva (prisão de natureza cautelar) e as medidas cautelares alternativas à prisão. Esclarece, por oportuno, que a prisão em flagrante delito, a partir da reforma processual de 2011, passou a ser compreendida como uma medida de pré-cautela.

Por certo que a prisão cautelar, enquanto integrante dessa esfera de tutela que objetiva garantir o resultado útil do processo, não se confunde com qualquer espécie de antecipação de tutela. Nesse sentir, vale citar os ensinamentos de Badaró⁵⁰⁹ que, ao aprofundar a questão, elucida essa importante distinção em matéria processual penal.

Segundo explica, enquanto a tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil de um provimento jurisdicional futuro – diante do perigo da demora -, a tutela antecipada – que possui caráter provisório –, embora também vista como uma forma de amenizar os males decorrentes da demora processual –, não objetiva assegurar o resultado futuro, mas, ao revés, tem como finalidade antecipar os efeitos, totais ou parciais, da tutela a ser proferida.

Dessa forma, elucida o autor que, embora ambas detenham caráter provisório, suas finalidades são distintas, assentando que, no âmbito do direito processual penal, em face da expressa consagração do princípio da presunção de

⁵⁰⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.937-938.

⁵⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 909.

⁵⁰⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 948-949.

inocência na Constituição Federal de 1988, somente se mostram compatíveis com esse princípio as medidas de caráter conservativo, ou seja, cautelares, não se apresentando constitucionalmente legítima qualquer medida que tenha por finalidade antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal, ainda que em caráter provisório⁵¹⁰.

Aury Lopes Júnior⁵¹¹ afirma, nesse sentir, a pacífica e harmônica convivência da tutela cautelar, especialmente da prisão cautelar propriamente dita - aqui compreendida sob a ótica da dimensão enquanto regra de tratamento a ser conferido ao réu -, com o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro, visto que este não detém caráter absoluto, coexistindo, assim, com a utilização de prisões cautelares.

Ferrajoli⁵¹², a seu turno, questionando a legitimidade do encarceramento preventivo diante do direito de liberdade do réu, assevera que toda prisão sem julgamento constitui ofensa ao sentimento comum de justiça, este compreendido como um ato de força e de arbítrio.

Nessa linha, compreende-se como um raciocínio falso a afirmação de que o cárcere preventivo não ofende o princípio de que não pode haver uma pena sem processo, e afirma que a admissão da prisão antes do julgamento contradiz, na raiz, o princípio de submissão à jurisdição, já que este vai além da possibilidade de detenção apenas por ordem judicial, assentando a possibilidade de somente se efetivar a prisão com base em um julgamento judicial.

Cordero⁵¹³, também se voltando ao processo penal italiano e às teorias processuais penais, assenta a possibilidade de limitação das liberdades pessoais por meio das medidas cautelares, apontando para essa convivência, desde que presentes os pré-requisitos definidos em lei.

⁵¹⁰ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 948-950.

⁵¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 899.

⁵¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 511.

⁵¹³ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 477-478.

Segundo Maturana e López⁵¹⁴, o princípio da presunção de inocência, considerado um dos pilares do sistema acusatório, convive com a aplicação das medidas cautelares pessoais e implica em consequências importantes, de tal modo que se exige, para a adoção da prisão preventiva, dentre outras medidas, o preenchimento de uma série de requisitos, já que a regra geral é a liberdade do acusado durante o processo.

Merece destaque, nesse viés, a importante referência de Badaró quanto à aplicação do princípio da legalidade às medidas cautelares, e, notadamente, quanto à prisão cautelar. Refere, assim, que, em matéria de processo penal, notadamente de prisão processual propriamente dita, não existem medidas atípicas, de modo que as prisões cautelares são exclusivamente aquelas previstas em lei e nas restritas hipóteses que a lei as autoriza. Segundo explicita, vigora, assim, o princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, a partir do qual somente se admite aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico⁵¹⁵.

Maturana e López⁵¹⁶ também assentam que em matéria de medidas cautelares de natureza pessoal, no âmbito do processo penal, vigora o princípio da tipicidade cautelar pessoal, posto que somente podem ser adotadas medidas judiciais previstas pelo legislador, na forma e de acordo com o que este tenha assinalado.

Aury Lopes Júnior⁵¹⁷, ao adentrar no estudo das prisões cautelares propriamente ditas destaca - consoante já ressaltado capítulo 2 – a característica da relativização do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, enquanto fruto de uma opção protetora do indivíduo. Refere que o aprofundamento da questão, sob a ótica da tríplice dimensão do princípio, insere-se naquela adstrita ao campo da norma de tratamento, implicando, por conseguinte, no dever de tratar o réu como inocente até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁵¹⁴ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 427-429.

⁵¹⁵ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.944-945.

⁵¹⁶ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 429-430.

⁵¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 897-899.

Aponta, consoante ressaltado, para uma coexistência entre o princípio da presunção de inocência e as prisões cautelares, cuja pacificidade decorre do caráter relativo que assume o princípio da presunção de inocência, em função do requisito e fundamento cautelar, ou seja, desde que presentes situações excepcionais⁵¹⁸.

Dos ensinamentos de Moraes da Rosa⁵¹⁹ retira-se que ao mesmo tempo em que a aplicação de medidas cautelares está vinculada ao resultado do processo, não constituindo em imposição antecipada da pena, a garantia da presunção de inocência precisa ser levada a sério, devendo ser evitadas as prisões que antecedem o julgamento definitivo.

Sustenta o autor, nessa linha, que apesar da impossibilidade fática da extinção das prisões cautelares, possível e defensável que para sua decretação ou manutenção devam concorrer os requisitos legais, não bastando, por conseguinte, a mera referência à capitulação, em tese, da conduta praticada, mostrando-se necessária a demonstração fundamentada de sua excepcionalidade a partir do devido processo legal substancial⁵²⁰ – significa dizer, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Aury Lopes Júnior⁵²¹, nessa linha, classifica basicamente duas espécies de prisões cautelares, quais sejam, a prisão preventiva, prevista nos arts. 311 e seguintes do atual Código de Processo Penal, e a prisão temporária, regulamentada pela Lei n. 7.960/89, excepcionando a prisão em flagrante delito como medida de natureza pré-cautelar, ao argumento de que essa prisão constitui uma medida precária e preparatória das outras duas espécies de prisões.

⁵¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 899.

⁵¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*. p. 78 e 83.

⁵²⁰ Previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, o qual dispõe que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” - dispositivo ausente nas constituições anteriores -, cuja operacionalização recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), a ser avaliado em face das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, o qual exige: - necessidade a partir da intervenção mínima do Estado na esfera privada; - adequação quanto à relação positiva entre o meio empregado para a obtenção do fim; - proporcionalidade em sentido estrito no sentido dos princípios em jogo – o que, segundo o autor, não significa ponderação, mas a prevalência dos direitos fundamentais, na esfera do direito penal e do processo, em relação a juízos que favoreçam a coletividade (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*. p. 44-45).

⁵²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1133.

Esclarece, neste ponto, que embora a doutrina tradicional classifique a prisão em flagrante como espécie de prisão cautelar, diverge sob o argumento de se tratar de uma medida pré-cautelar, ou seja, de uma detenção precária e que pode ser realizada por qualquer pessoa do povo ou pela autoridade policial, cujo controle jurisdicional ocorre em momento imediatamente posterior. Refere cuidar-se, assim, de uma medida pré-cautelar de natureza pessoal, com caráter precário e que somente se justifica em razão da brevidade de sua duração e do imperioso dever de análise judicial, com a aplicação de medidas cautelares ou não, no prazo de 24 horas⁵²².

Em consonância com esse entendimento, explica Badaró⁵²³ que, até a reforma processual de 2008, compreendia-se como sendo cinco as espécies de prisões cautelares, as quais eram assim classificadas: a) prisão em flagrante delito, b) prisão preventiva, c) prisão temporária, d) prisão decorrente de pronúncia, e e) prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Com a reforma processual promovida pela Lei n. 11.689/2008, contudo, extinguíram-se as duas últimas modalidades, tendo, posteriormente, a reforma processual de 2011 (Lei n. 12.403/11) também modificado a natureza da prisão em flagrante delito, conferindo-lhe, assim, a essa espécie de prisão, a natureza ou caráter pré-processual, resultando na classificação das prisões cautelares como prisão preventiva e prisão temporária.

Para Pacelli⁵²⁴, as prisões cautelares, na legislação processual penal vigente, podem ter como fundamento os requisitos da prisão preventiva ou da prisão temporária, dependendo, em qualquer caso, de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Quanto à prisão em flagrante delito, refere que esta, dado seu caráter emergencial, independe de ordem judicial, esgotando-se tão logo realizada a sua função, qual seja, a prisão. É que, segundo expõe, a situação flagrancial esgota-se com a prisão, impondo-se ao juiz, a partir de então, que a manutenção da prisão seja fundamentada por meio da conversão da prisão em

⁵²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 900, 913-914 e 935.

⁵²³ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 951-952.

⁵²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 620.

flagrante em prisão preventiva ou pela imediata aplicação de medidas cautelares diversas da prisão⁵²⁵.

Nesse sentir, consoante Aury Lopes Júnior, é a atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal, este que remete, com bastante clareza, para a inexistência de outras espécies de prisões cautelares, embora fossem, anteriormente, admitidas no ordenamento jurídico processual penal brasileiro.

Destaca que, com o abandono da prisão decorrente de pronúncia, bem como da prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível, estas deixaram de existir enquanto espécies autônomas e, por força dos arts. 413, § 3º⁵²⁶, e 387, § 1º, do CPP⁵²⁷, as quais assumiram a natureza exclusiva de prisão preventiva, exigindo-se, portanto, em tais situações, a presença do requisito e fundamento desta última para a respectiva decretação⁵²⁸.

Admitindo-se, portanto, exclusivamente duas espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico processual penal brasileiro – prisão preventiva e prisão cautelar – cujos fundamentos e requisitos serão, na sequência, delineados pelo presente estudo, Aury Lopes Júnior⁵²⁹ destaca como inconstitucional a prisão processual prevista no art. 492, I, “e” do atual Código de Processo Penal⁵³⁰ – cuja

⁵²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 668.

⁵²⁶ “Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. ([Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008](#)) [...] § 3º O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no [Título IX do Livro I deste Código](#)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵²⁷ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: ([Vide Lei nº 11.719, de 2008](#)) [...] § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. ([Incluído pela Lei nº 12.736, de 2012](#))”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 900.

⁵²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 905.

⁵³⁰ “Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: ([Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008](#)) I – no caso de condenação: ([Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008](#)) [...] 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; ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código**

redação decorre da recente modificação legislativa de 2019 –, cujo dispositivo legal sobre o recolhimento à prisão em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinando a execução provisória da pena.

Segundo destaca o autor, nesse viés, também não houve a recepção, pela atual redação do art. 283 do CPP – decorrente da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 –, da prisão decorrente da execução antecipada da pena, ou seja, anteriormente ao trânsito em julgado e após o julgamento em segunda instância. Assenta que, nada obstante a polêmica jurisprudencial a partir da oscilação dos entendimentos proferidos pela Suprema Corte⁵³¹, a adoção do posicionamento pela possibilidade dessa espécie de prisão viola o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88⁵³².

No mesmo sentido é o posicionamento adotado por Pacelli⁵³³, o qual assenta que, nos termos da atual redação do art. 283 do CPP, a legislação processual penal parece efetivamente ter fechado as portas para a possibilidade de qualquer prisão anteriormente ao trânsito em julgado, quando não estiverem presente os requisitos da prisão preventiva, o que, no sentir do autor, mostra-se absolutamente correto diante das determinações constitucionais.

de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵³¹ Importante esclarecer o processo histórico quanto aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de execução antecipada da pena, após o julgamento em segunda instância, e em momento anterior ao trânsito em julgado. Denota-se que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, manteve a compreensão de que não havia óbice à execução da sentença penal condenatória quando pendentes apenas recursos sem efeitos suspensivos (recurso especial e extraordinário). No ano de 2009, com o julgamento do HC n. 84.078/MG, passou-se a interpretar que, enquanto pendente o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não seria possível a execução da pena privativa de liberdade, salvo na hipótese de se encontrarem presentes os requisitos da segregação cautelar. Posteriormente, no ano de 2016, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP, a Suprema Corte passou a entender que a execução provisória de acórdão proferido em segunda instância, ainda que sujeito a recurso extraordinário ou especial, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, assegurado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Por fim, no mês de novembro de 2019, por ocasião do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, a Corte Constitucional declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, com isso, novamente deixou de recepcionar a execução antecipada da pena. (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1701-1702).

⁵³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 900-901.

⁵³³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 618-619.

A partir dessas considerações, cumpre adentrar no estudo das prisões em espécie, e, para melhor compreensão da matéria, são tecidas breves considerações sobre a prisão em flagrante delito, compreendida como de natureza pré-cautelar, a prisão temporária – espécie de prisão cautelar propriamente dita –, com enfoque no aprofundamento do estudo da prisão preventiva propriamente dita⁵³⁴.

3.1.2 A prisão em flagrante delito

Nas palavras de Aury Lopes Júnior⁵³⁵, essa espécie de prisão, de natureza pré-cautelar, remete à ideia de visibilidade do delito e de surpresa quanto à prática do fato delituoso, durante ou logo após a sua ocorrência.

Minagé⁵³⁶, que também a conceitua como uma prisão de natureza pré-cautelar, refere-se a essa modalidade de prisão como a única, no ordenamento jurídico brasileiro, que não exige a ordem escrita advinda de autoridade competente, a qual, além de atribuir a obrigatoriedade ao agente público, também confere ao particular a possibilidade de efetivação da prisão.

Prevista nos arts. 302 e seguintes do Código de Processo Penal, enumera as seguintes situações como estado de flagrante delito: a) quem está cometendo a infração penal; b) quem acaba de cometê-la; c) quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou, ainda, por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; e d) quem é encontrado, logo depois do fato, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração; prevendo, ainda, o art. 303 do CPP que, nas situações de infrações de natureza permanentes, considera-se em flagrante delito até que cesse a permanência⁵³⁷.

⁵³⁴ Sem qualquer pretensão de esgotar o estudo a respeito da espécie prisão cautelar, o aprofundamento do estudo realizar-se-á com enfoque na prisão preventiva propriamente dita, esta que constitui a principal espécie de prisão cautelar e possui estreita ligação com a matéria em estudo – prisão cautelar aplicada em razão de condenação após julgamento em segunda instância –, fazendo-se, apenas, breves considerações sobre a modalidade prisão temporária e sobre a prisão em flagrante delito.

⁵³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1135-1136.

⁵³⁶ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 244-245.

⁵³⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

Assenta Pacelli⁵³⁸ que, enquanto as duas primeiras situações são denominadas pela doutrina de flagrante próprio, a terceira situação remete ao flagrante impróprio ou quase flagrante, remetendo, a última situação ao estado de flagrante presumido.

Segundo o autor as situações aqui não se esgotam, assentando, ainda, o estado de flagrante esperado (considerado plenamente válido), o estado de flagrante provocado ou preparado (que não se considera válido), além do estado de flagrante diferido ou controlado, este previsto na Lei n. 12.850/13⁵³⁹.

Moraes da Rosa⁵⁴⁰ também se refere ao flagrante postergado (diferido ou prorrogado) previsto na referida Lei das Organizações Criminosas (art. 2º, II) e também na Lei n. 11.343/06 (art. 53, II), cuja espécie restringe-se a essas possibilidades legais, exige prévia autorização, e ocorre sob a justificativa de que auxiliará na obtenção de provas sobre a organização.

Cita o autor, ainda, o flagrante preparado ou provocado, o qual é ilícito por se tratar de modalidade provocada ou instigada pela autoridade policial, além do flagrante esperado – este, por sua vez, lícito - em cuja situação a autoridade possui informações de que o delito pode acontecer e o aguarda, bem como o flagrante em crimes permanentes, nos quais a lei autoriza a prisão enquanto não cessar a permanência.

Pacelli⁵⁴¹ destaca, ainda, como a principal função dessa espécie de prisão impedir, quanto possível, a ação criminosa, seja com a possibilidade de se evitar a consumação do crime, ou por meio de evitar seu exaurimento, ou, ainda, mediante a possibilidade de se localizar o presumido autor do delito. Registra o autor que, independentemente da espécie de flagrante, a consequência jurídica será a mesma,

⁵³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 657-658.

⁵³⁹ Cuida-se da Lei de Organizações Criminosas (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 660 e 665).

⁵⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*. p. 74-75.

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 667.

qual seja, o recolhimento do autor do crime à prisão e a comunicação imediata à autoridade judicial.

Consoante assenta Aury Lopes Júnior⁵⁴², a natureza pré-cautelar da prisão em flagrante delito decorre do fato de poder ser realizado por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial, exigindo-se a imediata apresentação do preso à autoridade judiciária competente, esta que, no prazo de 24 horas, e mediante a realização de audiência de custódia, analisará a legalidade da prisão e, bem assim, o tratamento processual a ser conferido, convertendo-se, ou não, em prisão preventiva.

3.1.3 A prisão temporária

Essa espécie de prisão cautelar encontra-se prevista na Lei n. 7.960/1989⁵⁴³ - convertida da Medida Provisória n. 111/89⁵⁴⁴ -, cuida-se de uma prisão que somente pode ser decretada durante a fase de investigação, cuja finalidade, segundo Pacelli⁵⁴⁵, é o acautelamento das investigações do inquérito policial, já que sua preocupação se dá com a complexidade destas em determinadas infrações. Cumpre, assim, sua função de instrumentalidade, e detém ainda a característica da provisoriedade, já que possui prazo expressamente fixado em lei⁵⁴⁶.

Na lição de Aury Lopes Júnior⁵⁴⁷, o melhor entendimento é o de que sua decretação somente pode se realizar quando presentes os requisitos do art. 1º, inciso I, ou seja, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial, e desde que preenchido também o requisito do inciso III, que dispõe sobre a necessidade de fundadas razões, de acordo com a prova, de autoria ou participação do investigado nos delitos expressamente enunciados.

⁵⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1135-1136.

⁵⁴³ BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Lei Prisão Temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁵⁴⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*. p. 84.

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 677.

⁵⁴⁶ Moraes da Rosa assenta a inconstitucionalidade dessa espécie de prisão cautelar, apontando que a mentalidade inquisitória da prisão para averiguações e esclarecimentos não se compadece com o processo democrático (ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. *E-book*. p. 84).

⁵⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1058-1059 e 1137.

Assenta esse autor, nessa linha, que o requisito previsto no inciso II, relativamente à situação de o investigado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, constitui apenas um reforço para a fundamentação dessa espécie de prisão cautelar, já que, de forma isolada, não justificaria a adoção de tal medida.

Mesmo pensamento é o externado por Pacelli⁵⁴⁸, que entende como absolutamente redundante a previsão do inciso II, ao expressar uma das várias hipóteses que se enquadram no inciso I, no qual afirma a necessidade de a prisão temporária estar fundamentada na imprescindibilidade da investigação policial.

Denota-se, por fim, que essa espécie de prisão exige, nos termos do art. 2º da respectiva lei, representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, possuindo o prazo de 5 (cinco) dias como regra, o qual se estende para 30 (trinta) dias em se tratando de crime hediondo⁵⁴⁹, ambos prorrogáveis, por igual período, em situação de extrema e comprovada necessidade.

3.1.4 A prisão preventiva

Segundo Minagé⁵⁵⁰, o instituto da Prisão Preventiva é definido como a privação da liberdade que não resulta de uma sanção penal, mas de uma medida que visa garantir a ação acusatória submetida à apreciação jurisdicional, que busca evitar que o acusado não evite ou dificulte a investigação ou o regular desenvolvimento do processo judicial. Destina-se, por se tratar de uma privação de liberdade que antecede a sentença judicial, a ser excepcional, subsidiária, razoável e proporcional.

Classificada como uma medida cautelar de natureza pessoal, ao lado da prisão temporária - Lei nº 7.960/89 –, sua finalidade assume a mesma natureza das cautelares em geral e sua natureza jurídica é definida a partir da definição de prisão provisória⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 678-679.

⁵⁴⁹ Consoante prevê a Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 4º.

⁵⁵⁰ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 215.

⁵⁵¹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 224.

Pacelli⁵⁵² refere que a cautelaridade da prisão preventiva – principal espécie de prisão cautelar – assenta-se na tutela da persecução penal, tendo como objetivo impedir eventuais condutas praticadas pelo autor ou por terceiros, que possam colocar em risco a efetividade da investigação criminal e do processo. Logo, em razão de ter como consequência a privação da liberdade anteriormente ao trânsito em julgado da decisão, justifica-se exclusivamente para a proteção da persecução penal, e quando a prisão se apresentar como a única maneira de assegurar tal necessidade.

Para Aury Lopes Júnior⁵⁵³, trata-se de verdadeira prisão de natureza cautelar que, desde que preenchidas as suas condições, mostra-se cabível até que ocorra o trânsito em julgado da sentença. Assenta, assim, que sua possibilidade de decretação pode ocorrer tanto na fase investigativa, durante a fase processual, e mesmo após a sentença recorrível.

Roxin⁵⁵⁴ a destaca como a ingerência mais grave na liberdade individual, apresentando-se, por outro lado, como indispensável, em determinados casos, para se alcançar o objetivo de uma administração da justiça eficiente. Possui, assim, a finalidade de assegurar o processo de conhecimento ou a futura execução da pena, cuja aplicação - medida e limites - deve se restringir ao estritamente necessário, como decorrência do princípio constitucional da proporcionalidade.

De acordo com Pacelli⁵⁵⁵, são três situações bastante claras que podem ensejar a decretação da prisão preventiva: a) como conversão da prisão em flagrante delito, quando de apresentarem insuficiente ou inadequadas outras medidas cautelares (consoante arts. 311, 312 e 313 do CPP); b) em qualquer momento da fase investigativa ou do processo, de forma autônoma e independente (conforme art. 310, II, do CPP, e exigindo-se os requisitos dos arts. 312 e 313); e c) em substituição às

⁵⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 683.

⁵⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 928-983.

⁵⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 257-258.

⁵⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 684.

medidas cautelares descumpridas, conforme art. 282, § 4º, do CPP, assumindo, assim, caráter de subsidiariedade.

Cordero⁵⁵⁶, ao tratar sobre a prisão preventiva e os limites para a liberdade, assenta que a imposição de medida cautelar relativa à pessoa – no caso, a prisão preventiva – exige provas sérias, ou seja, graves indícios do crime, a se caracterizar a partir de uma provável condenação e requisitos cautelares eficazes.

Destaca, nesse viés, dois pressupostos para aplicação das medidas cautelares, quais sejam o *fumus delicti*, cujo requisito é simétrico ao tradicional *fumus boni iuris*, que consiste na demonstração, por meio de provas, dos graves indícios de materialidade, bem como o requisito equivalente ao *periculum in mora*, que consiste na necessidade de precaução, cujo pressuposto considera, em linhas gerais, duas variáveis: os prejuízos ou acidentes a serem evitados no curso do processo, e o risco a justificar a adoção de medidas preventivas, que, antes de tudo, exige um concreto perigo⁵⁵⁷.

Minagé⁵⁵⁸, ao voltar-se ao estudo da prisão preventiva no ordenamento processual penal brasileiro, refere que embora se fale em pressupostos e requisitos para existência e validade de uma medida cautelar, assenta que a denominação pressuposto significa alguma hipótese ou suposição lançada, antes que seja provada, enquanto se considera requisito uma característica inerente ao caso, a ser demonstrada para atender às necessidades e expectativas, de acordo com o que se requer.

Compreende o autor, nesse viés, que o estudo dos conhecidos pressupostos processuais das providências ou prisões processuais deve ser substituído pelo estudo dos denominados requisitos essenciais, e destaca, assim, três etapas à análise da imposição da prisão preventiva: a) a análise dos requisitos essenciais, os quais classifica como *pericullum libertatis* e *fumus comissi delicti*; b) a apreciação dos requisitos específicos, descritos no art. 312, segunda parte, do

⁵⁵⁶ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 476-477.

⁵⁵⁷ CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9 ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 480-481.

⁵⁵⁸ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 226-227.

Código de Processo Penal; e c) a verificação das hipóteses específicas de cabimento, mencionadas no art. 313, primeira parte, do CPP.

Aury Lopes Júnior⁵⁵⁹, em oposição à doutrina tradicional, mas em similar acepção⁵⁶⁰, destaca a existência de um requisito e de um fundamento a embasar a decretação da prisão preventiva. O requisito consiste no *fumus commissi delicti*, compreendido como a probabilidade da ocorrência de um delito, o qual, na linguagem do Código de Processo Penal, traduz-se na prova da materialidade e nos indícios suficientes de autoria.

Cuida-se, nas palavras de Minagé⁵⁶¹, de um requisito que possui em sua essência um conteúdo de mérito a ser desvendado, não bastando a mera existência de um fato típico, fazendo-se necessária a conjugação, ainda que aparente, da infração penal com o mínimo de informação que fundamente a suspeita sobre a existência do fato e a autoria por parte do suspeito, indiciado ou acusado.

Nessa linha, segundo expõe, a demonstração efetiva da ocorrência de um crime deve estar presente em uma aceitação de probabilidade, não se admitindo meros juízos de possibilidade, juntamente com a constatação de um juízo de probabilidade quanto à autoria do fato delituoso.

Quanto ao fundamento referido por Aury Lopes Júnior⁵⁶², por sua vez, cuida-se daquele que a doutrina tradicional denomina como o “requisito do *periculum in mora*”, cujo risco, consoante assinala, em se tratando de medidas cautelares pessoais⁵⁶³, não está atrelado ao tempo ou risco decorrente da demora do processo – fundamento defendido pela doutrina tradicional –, mas decorre efetivamente da ligação com a situação de perigo criada pela conduta do imputado. Destaca, ainda,

⁵⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 907.

⁵⁶⁰ Explica que a doutrina tradicional, seguindo Calamandrei e importando a teoria do processo civil para o processo penal, refere os requisitos do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (risco da demora até a sentença definitiva) para a aplicação de medidas cautelares, adotando o autor, contudo, classificação distinta.

⁵⁶¹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como signifiante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 228-229.

⁵⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 907.

⁵⁶³ Diferencia medidas coercitivas de natureza pessoal em relação ao acusado das medidas cautelares reais, estas atreladas ao patrimônio do réu.

que tal situação não possui a natureza de requisito, mas de fundamento para a aplicação de tais medidas.

Explica Aury Lopes Júnior⁵⁶⁴ que esse fundamento está atrelado ao risco de frustração do processo - ou seja, de fuga -, ou ao risco de resultar graves prejuízos ao processo - em razão da ausência do acusado -, ou ao risco criado pela conduta do acusado quanto ao normal desenvolvimento do processo – este último, portanto, relacionado à coleta de provas.

Aponta, nesse viés, que o risco ou perigo no processo penal decorre e se encontra associado à situação de liberdade do sujeito passivo, daí que referido fundamento configura o denominado *periculum libertatis*.

Na acepção de Minagé⁵⁶⁵, o *periculum libertatis* constitui o verdadeiro requisito essencial a toda e qualquer prisão cautelar, o qual exige a verdadeira característica de perigo embasado na liberdade da pessoa. Cuida-se de um perigo de fuga, um perigo na liberdade do réu ou do indiciado, comprovado mediante verdadeiro juízo de probabilidade e que deve, necessariamente, guardar relação com o fato imputado, e, ainda, apontar para uma efetiva necessidade de contenção.

Assenta, nessa linha, a impossibilidade de esse instituto ser utilizado como uma ferramenta de demonstração de força ou coação com a pessoa que suportará as consequências da privação da liberdade.

Aury Lopes Júnior⁵⁶⁶, ao adentrar no estudo da principiologia das prisões cautelares, refere seis princípios que norteiam a aplicação dessa medida cautelar processual penal, sendo eles:

- a) Princípio da jurisdicionalidade e motivação, segundo o qual toda e qualquer prisão cautelar deve estar fundamentada por meio de ordem judicial – daí que a prisão em flagrante delito, por deter natureza pré-cautelar, pode ser feita por qualquer pessoa do povo ou autoridade policial, sendo, na sequência,

⁵⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 908.

⁵⁶⁵ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como signficante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 227-228.

⁵⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 912-915.

submetida ao controle judicial. Intimamente ligado com o devido processo legal, a fundamentação das decisões judiciais está assegurada no art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁶⁷, e também no art. 315 do atual Código de Processo Penal⁵⁶⁸, enquanto a jurisdiicionalidade está consagrada no art. 5º, LXI, da CRFB, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”⁵⁶⁹.

Esse princípio, na acepção de Maturana e López⁵⁷⁰, impõe que qualquer medida cautelar de natureza pessoal a ser imposta deva, obrigatoriamente, ser ordenada por ato jurisdicional – o que, no ordenamento jurídico chileno, é realizado por um juiz de garantias –, não sendo possível a ordem de qualquer medida em sede administrativa, pelo órgão acusador;

⁵⁶⁷ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁵⁶⁸ “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) §1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) §2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁶⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁵⁷⁰ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 431-432.

b) Princípio do contraditório⁵⁷¹: este que, em sede de medidas cautelares restou reforçado no art. 282, § 3º, do CPP⁵⁷², com a redação conferida pela Lei n. 13.964/19, dispondo sobre a necessidade, como regra geral, de ouvir a parte contrária (defesa) quanto à imposição de medidas cautelares, o qual comporta exceções em casos de urgência ou de perigo da ineficácia da medida.

Segundo Pacelli⁵⁷³, contudo, embora a regra possa ser a do contraditório para a aplicação das medidas cautelares em geral, excepciona-se no caso da decretação da prisão preventiva, na hipótese de não ter havido flagrante – e consequentemente, a realização da audiência de custódia –, impondo-se, nesse caso, a imediata análise, sob pena de resultar em frustração do ato. É o caso, consoante assenta, em situações de risco à investigação ou à instrução, de receio quanto à destruição de provas, ou de perturbação e/ou obstrução das fases processuais, em que a instauração do contraditório colocará em risco a eficácia da medida cautelar;

c) Princípios da provisionalidade e da atualidade do perigo: quanto ao primeiro, Maturana e López⁵⁷⁴, ao destacá-lo, referem que as medidas cautelares possuem caráter provisório em relação aos seus efeitos, os quais se destinam a durar, no máximo, apenas o tempo necessário e até que ocorra um acontecimento sucessivo.

Na acepção de Aury Lopes Júnior⁵⁷⁵, a provisionalidade trata-se de um princípio básico, segundo o qual as prisões cautelares tutelam situações fáticas, e são estas que devem nortear sua adoção, de modo que o desprezo desse princípio, tutelado no art. 282, §§ 4º e 5º, conduz à ilegalidade da prisão.

⁵⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 915-917.

⁵⁷² “Art. 282 [...] § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 653.

⁵⁷⁴ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 446.

⁵⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 917-921.

Assenta o autor que a partir da pluralidade das medidas cautelares recepcionadas pelo ordenamento processual, esse princípio assumiu novos contornos, possibilitando uma maior fluidez em relação a essas medidas, inclusive quanto à possibilidade de substituição por outras. Trata-se, assim, da dimensão denominada de princípio da atualidade ou contemporaneidade do perigo e decorre da redação dos art. 312, § 2º⁵⁷⁶, 315 e 316, *caput*⁵⁷⁷, do atual CPP;

- d) Princípio da provisoriedade⁵⁷⁸: por esse princípio, as prisões cautelares devem ter curta duração, ou seja, serem efetivamente provisórias. Embora somente a prisão temporária possua um prazo específico previsto em lei – e, nesse sentido, Aury Lopes Júnior assenta veemente crítica ao fato de não ter se estabelecido um prazo de duração para a prisão preventiva –, permanecendo a prisão preventiva por prazo indeterminado, esta deve ser norteadada pela provisoriedade, ou seja, enquanto efetivamente perdurar o *periculum libertatis*.

Maturana e López⁵⁷⁹, estudiosos que denominam o princípio de temporariedade das medidas cautelares pessoais, assentam que a prisão preventiva, como consequência deste postulado, deve necessariamente ter uma limitação quanto a sua duração. Caracterizam-se essas medidas, assim, como temporais, no sentido de que não devem durar para sempre, assistindo o direito à pessoa privada de sua liberdade, de que a medida termine em um prazo razoável.

⁵⁷⁶ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#)) [...] § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. ([Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁷⁷ “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. ([Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)) ([Vigência](#))”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 921-925.

⁵⁷⁹ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 443-444.

Diferenciam, então, a provisoriedade do princípio da provisionalidade, no sentido de que o primeiro pressupõe que a medida cautelar tenha uma duração limitada por si, independentemente de outro evento, enquanto o segundo – acima visto –, ao dispor sobre o que provisional, possui duração de tempo associada até o momento que sobrevenha um evento sucessivo, futuro⁵⁸⁰.

Destaca-se, por fim, que no ordenamento processual penal brasileiro a interpretação conferida ao princípio passou a ser corroborada pela atual redação do parágrafo único do art. 316, do CPP, com redação conferida pela Lei n. 13.964/2019, o qual passou a dispor que “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”⁵⁸¹;

- e) Princípio da excepcionalidade⁵⁸²: segundo esse princípio, a prisão preventiva constitui medida excepcional, devendo ser compreendida como a ultima *ratio* do sistema, de modo que anteriormente ao decreto de prisão preventiva, deve o juiz analisar a possibilidade de aplicação de medidas diversas, notadamente aquelas previstas no art. 319 do CPP, e, somente quando estas se mostrarem insuficientes ou inadequadas, caberá a adoção da medida mais gravosa.

Trata-se de uma análise, portanto, de adequação e suficiência das medidas, nos termos do que preconiza o art. 282, § 6º, do CPP⁵⁸³, cuja análise é obrigatória. Refere o autor, assim, que excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, dada a redação do art. 282, I, do CPP⁵⁸⁴ – que menciona

⁵⁸⁰ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 446-447.

⁵⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 925-928.

⁵⁸³ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...] § 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (**Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019**) (**Vigência**).” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁸⁴ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (**Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011**). I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**

os princípios da necessidade e adequação (subespécies do princípio da proporcionalidade) –, bem como o art. 312 do CPP, que mantém os quatro fundamentos da prisão cautelar.

Assenta o autor, nesse viés, que a excepcionalidade possui estreita ligação com a presunção de inocência, implicando, por consequência, que a prisão cautelar seja efetivamente interpretada como a *ultima ratio*.

Maturana e López⁵⁸⁵, por sua vez, associam o sentido da excepcionalidade ao fato de as medidas cautelares de natureza pessoal possuírem o efeito de alteração da situação de igualdade das partes no âmbito do processo penal e no curso da investigação, exigindo-se, por isso, como decorrência desse princípio, que para a aplicação de qualquer medida cautelar se faça de acordo com o caso concreto e que se mostre presente o requisito do *fumus boni iuris*;

f) Princípio da proporcionalidade: Pacelli⁵⁸⁶ assenta a importância do postulado da proporcionalidade, tanto no âmbito das medidas cautelares diversas da prisão, como sob a ótica da prisão preventiva, com especial exigência aos requisitos da necessidade da medida e adequação da providência adotada. Assenta ambos os requisitos como referenciais fundamentais, sobretudo na aplicação das medidas cautelares pessoais no âmbito do processo penal, cujas perspectivas estão reunidas nesse princípio.

Segundo Aury Lopes Júnior⁵⁸⁷, por esse princípio deve-se ponderar a gravidade da medida mais gravosa imposta, e a densidade do requisito e do fundamento da prisão preventiva - quais sejam, respectivamente, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* -, buscando-se um equilíbrio, pois, ao mesmo tempo em que deve ser respeitada a liberdade do indivíduo, exige-se eficácia na repressão aos crimes.

Desse princípio, consoante explica, jamais uma prisão cautelar poderá se converter em uma antecipação da pena, ou mesmo ser aplicada de forma

Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁸⁵ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 434.

⁵⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 625.

⁵⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 928-931.

automática, sob manifesta afronta à presunção de inocência, e essa é a atual redação do art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal, primeira parte⁵⁸⁸.

Na acepção da doutrina de Maturana e López⁵⁸⁹, a aplicação das medidas cautelares pessoais, em processo penal, deve guardar correspondência em uma relação qualitativa e quantitativa com a pretensão punitiva, e jamais podem exceder o fim com o qual se pretende com o processo penal. Exige-se, assim, correspondência entre a atividade cautelar e a decisão que se espera com a sentença.

Aponta-se, assim, uma dupla função exercida por esse princípio - presente implicitamente no texto constitucional, o qual se deduz do conjunto geral de garantias individuais -, que Pacelli⁵⁹⁰ assim descreve: a) uma primeira, que se desdobra na proibição do excesso e na efetividade dos direitos fundamentais, e atua como efetivo controle de validade do alcance das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação de normas que contenham sanções ou proibições excessivas; e b) uma segunda, que possibilita a realização de um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre mais de uma norma constitucional quanto a um mesmo fato.

Esclarece, quanto a esta segunda função, que Alexy a normatiza de acordo com três subcritérios de ponderação - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito -, produzindo, assim, o juízo de proporcionalidade, também o efeito de orientação em relação às perspectivas da necessidade e da adequação.

Nesse viés, presente a necessidade de cautela, esta constitui apenas o primeiro passo, ou o primeiro ponto de partida para a imposição de toda e qualquer medida cautelar, direcionando-se, em seguida, à análise da adequação da providência, considerando-se a concreta situação pessoal do agente, além da gravidade e circunstâncias do fato.

⁵⁸⁸ “Art. 313 [...] § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁸⁹ MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010. p. 441.

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 625-626.

Explica Aury Lopes Júnior, na perspectiva da ótica de Alexy, que o princípio se subdivide em três subprincípios: a) adequação, segundo a qual a medida cautelar deve ser apta em seus motivos e fins; b) necessidade, no sentido de que a medida não deve exceder considerando os resultados que almeja; e c) proporcionalidade em sentido estrito, que implica no sopesamento dos bens em jogo, por meio da lógica da ponderação, de acordo com o caso concreto.

No tocante aos requisitos para a decretação da prisão preventiva, segundo denota-se da legislação e da doutrina⁵⁹¹, essa espécie de prisão exige decisão fundamentada, e, nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal⁵⁹², em sua atual redação, não pode ser decretada de ofício pelo magistrado.

Possui como requisito o *fumus commissi delicti*, que, nos termos do art. 312, *caput*, do CPP⁵⁹³, consiste na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria, ou seja, em um juízo de probabilidade razoável quanto à ocorrência do delito, este que não implica em mera possibilidade, mas em uma densa fumaça, ou seja, na verossimilhança das razões positivas do delito – conduta aparentemente típica, ilícita e culpável –, e desde que não se verifiquem requisitos negativos do delito, ou seja, causas de exclusão de ilicitude e causas de exclusão de culpabilidade⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 928-983.

⁵⁹² “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁵⁹³ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020..

⁵⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 928-988.

Ressalta Aury Lopes Júnior⁵⁹⁵ que o fundamento da prisão preventiva reside no *periculum libertatis*, este que consiste no risco a ser verificado de acordo com as situações descritas no art. 312, *caput*, do CPP, quais sejam, risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Por certo que, independente de qual seja o fundamento que ensejará a análise do risco do *periculum libertatis*, imprescindível se mostra a prova razoável quanto ao risco alegado, mostrando-se insuficientes meras presunções, isso porque a legitimação da medida mais gravosa exige um suporte fático e probatório que o legitime.

Pacelli⁵⁹⁶ assenta que as prisões preventivas que buscam assegurar a aplicação da lei penal e que pretendem a conveniência da instrução criminal, dirigem-se efetivamente à tutela do processo, e, nessa linha, funcionam como garantia de efetividade do resultado da ação penal – possuem, por isso, nítido caráter instrumental.

Diversamente, as prisões preventivas destinadas à garantia da ordem pública e à tutela da ordem econômica, não objetivam proteger o processo enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Assenta que a proteção se volta, no primeiro caso, à comunidade coletivamente considerada, quanto à intranquilidade social, e, no segundo caso, ressalta a inadequação da previsão assegurada⁵⁹⁷.

Por ordem pública, segundo ensina Minagé⁵⁹⁸ - embora tal definição, conforme explica esse autor, encontre certa oscilação no meio acadêmico -, seu significado consiste em um aglomerado dos princípios fundamentais, que ecoam em

⁵⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 928-990.

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 689.

⁵⁹⁷ Explica, nessa linha, que a pretensão de garantir a ordem econômica visa o resguardo da ordem financeira, cuja expressão o autor manifesta ser inadequada, já que, caso se objetive amenizar a magnitude da lesão causada, as medidas cautelares de natureza patrimonial se apresentam mais adequadas, e, nos casos em que o estado de liberdade puder significar risco à ordem econômica, tal situação melhor se enquadra no requisito relativo à garantia à pública. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 689-690).

⁵⁹⁸ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 234-235.

normas de direito público e de cunho social, implícitas no sistema jurídico que a sociedade e o Estado estão diretamente interessados.

Explica que, de acordo com o entendimento consolidado, o significado de ordem pública deve ser aplicado em situações em que o acusado ou indiciado apresentar tendência a praticar outros delitos ou em caso de comprovada periculosidade – como quando o indivíduo estiver cometendo novas infrações penais ou estiver contribuindo para a prática destas –, casos, portanto, que implicam em uma concreta perturbação da ordem pública.

Além dos requisitos do art. 312, a decretação da prisão preventiva deve observar o princípio da atualidade do perigo, ou seja, estar motivada no receio de perigo e existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a sua decretação, conforme dispõe o art. 282, § 4º, do CPP⁵⁹⁹, possibilitando, ainda, o § 1º desse mesmo artigo, a decretação da prisão cautelar preventiva em caso de descumprimento de outras obrigações impostas por meio de medidas cautelares⁶⁰⁰.

Exige-se, ainda, a presença das situações descritas no art. 313 do Código de Processo Penal brasileiro⁶⁰¹ - estas que são classificadas por Minagé⁶⁰² como as

⁵⁹⁹ “Art. 282 [...] § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\) \(Vigência\)](#)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁶⁰⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 994-995.

⁶⁰¹ “Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#). I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#). II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#). III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#). § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\) \(Vigência\)](#) § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\) \(Vigência\)](#)”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

⁶⁰² MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*. p. 241-242.

hipóteses específicas de cabimento da prisão preventiva –, as quais, nas palavras de Aury Lopes Júnior⁶⁰³, constituem limites à decretação da prisão preventiva em tal ordenamento processual, dispondo expressamente a) a impossibilidade de decretação da prisão em crimes culposos, exigindo se tratar de delito doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; b) a possibilidade de decretação em caso de réu reincidente em delito doloso; c) a possibilidade de decretação em caso de vulnerabilidade e violência doméstica, na sistemática da Lei n. 11.340/2006, com o objetivo de conferir eficácia às medidas protetivas aplicadas; e d) a possibilidade de decretação quando houve dúvida quanto à identidade civil do imputado/réu.

Importante destaque merece a atual redação do art. 313, § 2º, do CPP – já citado –, este que também impõe limites a essa espécie de prisão cautelar, e dispõe expressamente quanto à impossibilidade de utilização da prisão preventiva para fins de antecipação de pena – exigindo, portanto, a presença do requisito e fundamento de natureza cautelar –, bem como a expressa impossibilidade de decorrência automática dessa espécie de prisão, seja em decorrência da investigação criminal, da apresentação da denúncia ou do recebimento desta⁶⁰⁴.

Trata-se de dispositivo que se harmoniza com o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal assumindo, qualquer contorno a ele e consequente antecipação de pena, afronta aos respectivos dispositivos. Assenta Aury Lopes Júnior, nesse viés, que:

As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar.⁶⁰⁵

No mesmo sentido é a lição de Pacelli⁶⁰⁶ que, ao referir a ausência de qualquer exceção na lei quanto à possibilidade de execução provisória depois do

⁶⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 996-1002.

⁶⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1006.

⁶⁰⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 1014.

⁶⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 618-620.

juízo na instância ordinária, destaca como acertado o posicionamento do legislador ao impedir, segundo a redação do art. 283, a execução provisória da pena, esta que, conforme afirma, constitui afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, devendo, assim, a prisão antes do trânsito em julgado, necessariamente, estar amparada em providência cautelar⁶⁰⁷.

Nessa linha, segundo expõe, anteriormente ao trânsito em julgado a prisão de alguém se mostra possível, seja na fase investigativa preliminar ou processual, inclusive e em grau recursal, desde que presente uma necessidade cautelar, mediante o preenchimento do requisito e fundamento⁶⁰⁸. Neste caso, até o momento do trânsito em julgado, a prisão poderá ser decretada, mas a partir de requisitos vinculados ao processo penal.

Compreendida, assim, a prisão cautelar e sua principal modalidade – prisão preventiva –, passa-se ao estudo e compreensão da modalidade prisão pena.

3.2 A PRISÃO PENA: ASPECTOS TEÓRICOS, FUNÇÕES E FINALIDADES

Consoante elucida Busato⁶⁰⁹, a evolução das penas trouxe, para o centro da estrutura punitiva do Estado, a pena de prisão. O autor a reconhece como a constrição física absoluta da liberdade de locomoção, seja ela decretada em âmbito cautelar, seja ela decorrente de uma afirmação de uma responsabilidade penal (sentença penal)⁶¹⁰.

Assenta, nesse viés, que embora a pena de prisão tenha se convertido na principal resposta penal, especialmente a partir do século XIX⁶¹¹, atualmente vem sendo objeto de críticas e busca de superação⁶¹², cuja circunstância, contudo, acaba por afetar também a concepção da prisão processual no ordenamento jurídico brasileiro, já que a adoção dessa garantia cautelar, de natureza extremada, mais

⁶⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. p. 757-758.

⁶⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. p. 899.

⁶⁰⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 621-622).

⁶¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 622).

⁶¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição do Kindle (posição 2999).

⁶¹² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 621-622).

gravosa, possui estreita ligação com a pretensão a ser deduzida com a afirmação da culpa em uma responsabilização penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, como visto, a prisão pena consiste na privação da liberdade que se realiza na fase de execução definitiva da sentença, como decorrência desta, e, portanto, após a ocorrência do trânsito em julgado.

De acordo com a doutrina, sua função e finalidades buscam ser explicadas por meio das teorias dos fins da pena, estas que se entrelaçam com a teoria do próprio direito penal.

Conforme assenta Figueiredo Dias⁶¹³, na medida em que a teoria penal discute as questões da legitimação, fundamentação e função da intervenção estatal, a questão dos fins das penas constitui a questão dos fins do direito penal e de seu paradigma, de modo que qualquer análise do direito penal não pode furtar-se à tentativa de entrelaçar-se com as finalidades da pena e seus caminhos futuros.

Segundo elucida Roxin⁶¹⁴, cabe à teoria do fim da pena responder como deve a sentença condenatória produzir seus efeitos para cumprir a missão do direito penal, devendo ela, por certo, referir-se ao direito penal que por trás se apresenta. Assenta, assim, que desde os tempos antigos, essa resposta tem sido disputada por três interpretações fundamentais que, até os tempos atuais, continuam a determinar a discussão em várias combinações.

Nas palavras de Bitencourt⁶¹⁵, são três as tradicionais teorias que explicam o sentido, a função e a finalidade da pena, quais sejam: a) teorias absolutas (ou retribucionistas); b) teorias relativas ou preventivas da pena, que se subdividem em teorias relativas de prevenção geral (negativa, positiva e positiva fundamentadora da pena) e em teorias relativas de prevenção especial; e c) as teorias unificadoras ou ecléticas; destacando o autor, ainda, outras teorias, como a teoria unificadora dialética

⁶¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

⁶¹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 81.

⁶¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130-131.

de Roxin, além das modernas teorias de justificação da pena, especialmente a teoria da prevenção geral positiva limitadora da pena.

Busato⁶¹⁶, nessa mesma linha, além das teorias tradicionais acima citadas, também faz referência aos discursos críticos e modernos⁶¹⁷, com especial destaque à teoria materialista dialética, de Roxin, e à teoria agnóstica da pena, proposta por Zaffaroni e Nilo Batista.

Nesse sentir, cumpre aprofundar o estudo sobre os discursos teóricos dos fundamentos da pena, a partir teorias tradicionais, suas subdivisões, e do pensamento crítico que emerge a respeito a partir da segunda metade do século XX.

3.2.1 Teorias absolutas ou retribucionistas (em Kant e em Hegel)

Parte-se das teorias absolutas ou retributivas, para as quais, segundo explica Bitencourt⁶¹⁸, a pena é concebida como um mal que deve ser aplicado ao autor de um delito a fim de que este expie sua culpa, ainda que, na atualidade, reconheçam-se os fins preventivos da pena - gerais ou especiais.

Adota-se o termo “absoluta”, nas palavras de Roxin⁶¹⁹, porque para essa teoria a finalidade da punição é independente de seu efeito social, não encontrando o seu sentido na busca de qualquer objetivo que seja socialmente útil, mas tão somente na imposição de um mal merecido, fazendo-se a recompensa ou o equilíbrio compensação da culpa do autor pelo ato cometido.

Explica que, de acordo com as teorias absolutas ou retribucionistas da pena, que coincidem com o período do Estado absolutista ou de Estado de transição – em que a religião, a política e a teologia confundiam-se entre si, concentrando todo o poder na pessoa do rei –, a ideia que vigorava acerca da pena era a de um castigo com o qual se expiava o pecado ou mal cometido. Era atribuído à pena, então,

⁶¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 604-605).

⁶¹⁷ Embora não abordadas no presente estudo, cumpre citar a existência de teses abolicionistas da pena defendidas pelo sociólogo norueguês Thomas Mathiesen, também pelo criminólogo holandês Louk Hulsman e, ainda, pelo filósofo francês Michel Foucault. (FOLTER, Rolf S. *In*: HULSMAN, Louk H. C. *et al.* **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 59-60).

⁶¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133-134.

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 81-82.

exclusivamente, a tarefa de realizar a justiça. Fazia-se a compensação da culpa com um mal, qual seja, a pena. Logo, o fundamento para a imposição da pena residia no livre-arbítrio, ou seja, na capacidade de escolha do homem entre aquilo que justo e aquilo que é injusto⁶²⁰.

Destaca Bitencourt⁶²¹, aqui, como os mais expressivos defensores dessa acepção teórica, os autores Kant⁶²² e Hegel⁶²³, cujas formulações por estes apresentadas, contudo, não se confundem e apresentam-se distintas: enquanto o primeiro propunha uma fundamentação de ordem ética para a imposição da pena, o segundo a justificava baseado em reflexões de ordem jurídica. Refere que Kant, ainda, negando qualquer função preventiva da pena, justificava que o réu devia ser castigado pelo único fato de haver delinquido, enquanto Hegel justificava a imposição da pena na necessidade de se restabelecer e vigência da vontade geral, constituindo-se em uma maneira de compensar o delito e de restabelecer a ordem jurídica violada⁶²⁴.

Busato⁶²⁵ também faz referência ao pensamento de Kant sob o enfoque da concepção retributiva da pena, com caráter ético. Explica que Kant qualificava a pena como um “imperativo categórico”, impondo-se a aplicação da pena justa, considerando-se o ponto de vista do fato e também do sujeito autor do fato. Além da legalidade das ações, portanto, fazia-se necessário o respeito a uma lei moral, daí que a pena seria um fim em si mesma.

Mir Puig⁶²⁶ aduz que, para Kant, seria a pena uma exigência incondicional de realização da justiça, e não teria, nesse viés, qualquer consideração utilitária. Logo, não se basearia a pena em um serviço à sociedade, já que a pena aplicada ao indivíduo constitui um fim em si mesma, não podendo se constituir em finalidades preventivas alheias ao dano provocado pela ação delitiva.

⁶²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 133-135.

⁶²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

⁶²² Cita a obra “A metafísica dos costumes”, de Immanuel Kant.

⁶²³ Cita a obra “Princípios da filosofia do direito”, de G.F. Hegel.

⁶²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 138-139.

⁶²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 573).

⁶²⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 49-50.

Nessa linha, é retirada importante passagem da obra de Kant, cujo pensador assim explica:

Mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (se, por exemplo, o povo que vive em uma ilha decidisse desagregar-se e espalhar-se pelo mundo), o último assassino no cárcere teria de ser antes executado, de modo que cada uma recebesse o que merecessem seus atos e a culpa sangrenta não recaísse sobre o povo, que não fez por merecer essa punição, mas poderia ser considerado cúmplice nessa violação pública da justiça.⁶²⁷

Em relação ao pensamento de Hegel, por sua vez, segundo assenta Mir Puig⁶²⁸, o caráter retributivo da pena está associado à necessidade de se restabelecer a concordância da “vontade geral”, esta que é quebrada com a prática da infração penal, ou seja, pela “vontade especial” do autor do delito. Assim, para Hegel *apud* Mir Puig “segundo o método dialético hegeliano: a posição é a vontade geral (ordem jurídica), a negação dela é o crime e, portanto, a negação da negação é alcançada com a pena”, e nessa linha, a pena seria uma reação que se volta ao passado, e não estaria servindo como um instrumento para finalidades futuras.

Busato⁶²⁹, ao explicar o discurso de Hegel, refere que este, aplicando o método dialético, sustentou a prática do delito como a negação do direito, e a pena, enquanto resposta a esse mal, seria a negação da negação do direito, restando a ela somente um papel, restaurador ou retributivo, cujo mal, além de se aplicar em razão da existência de outro, tem o papel de representar o restabelecimento da ordem jurídica que foi perturbada.

Em análise a essas teorias absolutas, Mir Puig⁶³⁰ refere que, junto a essas concepções das teorias absolutas da pena, esconde-se a razão última do surgimento dessas teorias, como dos seus seguidores no século XIX, que veem na concepção absoluta da pena um modo de traçar um limite à prevenção, como garantia para o cidadão. É que, segundo expõe, o autor do delito não pode ser punido para além da gravidade do crime, cujo limite se encontra na dignidade da pessoa humana. Logo,

⁶²⁷ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013. *E-book*. p. 119-120.

⁶²⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 50.

⁶²⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 573-574).

⁶³⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 51.

um indivíduo não poderia ser utilizado como um instrumento para atingir finalidades sociais de prevenção.

Nesse sentido, ainda, Bitencourt⁶³¹ assenta que embora as teorias retribucionistas tenham a virtude de ter estabelecido limites à imposição da pena, como garantia do indivíduo diante do arbítrio do Estado, não se legitimaram sob o aspecto da justificação do castigo/pena. Explica que o principal equívoco foi confundir a questão relacionada ao fim geral justificador da pena (legitimação externa) – por que castigar (que, segundo o autor, não pode ser outro motivo senão uma finalidade utilitária de prevenção de delitos no futuro) – com a questão relativa à distribuição da pena (legitimação interna) - quando castigar, este que é realizado com um olhar ao passado, como garantia de que a condição necessária à imposição da pena é o cometimento de um delito.

Figueiredo Dias⁶³², nesse viés, também levanta argumentos para a recusa das teorias absolutas, estas que apontaram para a conservação da pena como entidade independente de fins, e revelaram-se inadequadas em termos de legitimação, fundamentação, e quanto ao sentido da intervenção estatal, isso porque a expiação, a compensação do mal do crime, segundo explica, constituem meio inidôneos e ilegítimos a cumprir essas finalidades.

3.2.2 Teorias Relativas ou Utilitaristas

Bitencourt⁶³³ destaca, na sequência, as teorias relativas ou preventivas da pena, segundo as quais embora a pena também seja considerada um mal necessário, a sua finalidade resume-se em prevenir a prática de delitos, e não a retribuição do fato delitivo em si ou a realização da justiça.

Nessa linha, explica Mir Puig⁶³⁴ que as teorias relativas acabaram por atribuir uma função utilitária à pena, com um olhar de prevenção, voltado para o futuro, enquanto as teorias retribucionistas (ou absolutas) partiram, em sentido estrito, à

⁶³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141-142.

⁶³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47-48.

⁶³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142.

⁶³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 81.

imposição da pena apenas para o cumprimento da Justiça, ou seja, sob o aspecto da retribuição em razão de um fato passado. Refere, ainda, que a função utilitária referida se afasta de postulados religiosos, morais ou idealistas, considerando que a pena se mostra necessária à manutenção de determinados bens sociais.

De acordo com as teorias relativas, assim, a pena também é compreendida como um mal, contudo, diversamente dos ideais absolutistas, esse mal é entendido como necessário à finalidade de manutenção da ordem social e também à prevenção da criminalidade⁶³⁵.

A pena, nessa linha de pensamento, assume função preventiva, objetivando evitar que o autor do delito volte a delinquir, cabendo, aqui, segundo Feuerbach (1775-1883)⁶³⁶ *apud* Bitencourt⁶³⁷, a distinção entre duas principais formas de prevenção: a prevenção geral e a prevenção especial, as quais acabam por se diferenciar em função dos destinatários - enquanto a primeira tem como destinatário o coletivo social, a segunda destina-se ao autor do delito propriamente.

Ferrajoli⁶³⁸ assinala, nesse viés, que essas duas vertentes subdividem-se em negativas e em positivas, de acordo com a natureza das prestações da pena, formando, ao final, quatro grupos teóricos distintos.

3.2.2.1 Prevenção geral (positiva e negativa)

No tocante à teoria da prevenção geral negativa, cujos principais expoentes são Bentham, Beccaria, Filangieri, Schopenhauer e Feuerbach, Bitencourt⁶³⁹ assinala que a imposição da pena exerce uma espécie de coação psicológica, por meio da qual se pretende evitar a ocorrência de delitos.

⁶³⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 578).

⁶³⁶ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 81.

⁶³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142-143.

⁶³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 244-245.

⁶³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143-144.

Busato⁶⁴⁰ assenta que a prevenção geral traduz a ideia da necessidade de prevenção da ocorrência de novos delitos na sociedade, sem que possua fontes definidas. Assume a pena, assim, uma função intimidatória, esta que atuaria em dois momentos: na cominação penal (anterior ao delito) e na execução exemplarizada da pena – ambas com influência em caráter geral.

Segundo Feuerbach *apud* Bitencourt⁶⁴¹, por essa teoria, a pena exerce uma função intimidatória, ou seja, constitui uma ameaça aos cidadãos a fim de que estes se abstenham de praticar delitos. Adota-se uma coação psicológica para evitar o fenômeno delitivo. Revela-se em uma fase que antecede, assim, a execução e a cominação da pena.

Explica Mir Puig⁶⁴² que, para essa teoria, a pena é concebida como um meio para evitar o surgimento de outros autores de crimes na sociedade – volta-se, portanto, à coletividade –, produzindo a ameaça da pena em si, nesse viés, o efeito de intimidar o indivíduo de cometer crimes. Fundamenta-se, nas palavras de Bitencourt⁶⁴³, na ideia de intimação e na de ponderação da racionalidade do homem.

Segundo Ferrajoli⁶⁴⁴, contudo, ainda que o escopo dessa teoria justifique assegurar eficácia às proibições legais, não apresenta justificativas para as proibições em si, e, portanto, não bastam ao direito penal e à justificação da pena em si.

Para Roxin⁶⁴⁵, o aspecto positivo da prevenção geral é baseado comumente na preservação e no reforço da confiança no poder de aplicação e na firmeza da ordem jurídica, cabendo à sentença a missão de demonstrar a inviolabilidade da ordem jurídica e fortalecer a confiança jurídica do povo, cujo ponto de vista atribui-se, atualmente, um significado maior do que o mero efeito intimidador.

⁶⁴⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 578-579).

⁶⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

⁶⁴² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 81.

⁶⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144-145.

⁶⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 258.

⁶⁴⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 91.

Sob o aspecto da teoria da prevenção geral positiva, por sua vez, segundo Bitencourt⁶⁴⁶, essa teoria propõe uma mudança de perspectiva em relação ao alcance dos fins preventivos da pena, que, agora, passa a destinar-se ao alcance de uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o intuito de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico⁶⁴⁷.

Assenta, assim, que são três os efeitos propostos por essa teoria: de aprendizagem, por meio da motivação sociopedagógica; de reafirmação da confiança no Direito Penal; e de pacificação social quando da aplicação da pena e solução do conflito. Refere que esse desenvolvimento deu abertura a duas vertentes desse estudo, denominadas, de um lado, de prevenção geral positiva fundamentadora e, de outro, de prevenção geral positiva limitadora, as quais serão adiante analisadas.

3.2.2.2 Prevenção especial (positiva e negativa)

A partir dessa dimensão teórica, embora ela mantenha a finalidade preventiva da pena, diferentemente da acepção anterior, não se destina ao homem em geral, mas ao autor do delito em específico, ou seja, a ideia de prevenção especial objetiva que o autor do delito em particular não volte a delinquir⁶⁴⁸.

Ferrajoli⁶⁴⁹ assenta, nesse sentir, que essa teoria teve próspero desenvolvimento, principalmente em razão da cultura penalista da segunda metade do século XIX e do século XX, referindo Bitencourt⁶⁵⁰ que essa acepção teórica obteve defensores na França, citando Marc Ancel, restou conhecida na Alemanha, desde os tempos de Von Liszt, e, na Espanha, foi a Escola Correcionalista, a defensora da prevenção especial.

Segundo Roxin⁶⁵¹, essa teoria segue o princípio da ressocialização, cumprindo extraordinariamente bem a missão do direito penal, este que tem a

⁶⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 144-145.

⁶⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 147-148.

⁶⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152-153.

⁶⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246.

⁶⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 152-153.

⁶⁵¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 87.

obrigação exclusiva de proteção do indivíduo e da sociedade e, ao mesmo tempo, integrar o autor do delito.

Para Ferrajoli⁶⁵², a finalidade de prevenção especial assume dupla dimensão, pois, sob o aspecto positivo, revela o papel de reeducação do autor do delito, e, sob o aspecto negativo, apresenta a finalidade de neutralização ou de eliminação. Frisa esse autor, assim, que essas acepções não se excluem entre si, mas concorrem, cumulativamente, para a definição do objeto da pena.

Nessa linha, a prevenção especial negativa fundamenta-se na ideia de neutralização dos impulsos criminais afetos ao autor do delito, o que faz por meio da segregação (prisão) e do conseqüente afastamento do convívio em sociedade - segundo Busato⁶⁵³, o maior desenvolvimento dessa vertente negativa apareceu com a Escola Positiva Italiana.

A prevenção especial positiva, de outro norte, volta-se à face corretiva do sujeito que praticou o delito, correção esta relacionada às distintas características do sujeito⁶⁵⁴.

Nas palavras de Figueiredo Dias⁶⁵⁵, o pensamento da teoria da prevenção especial positiva se depara com dificuldade nos casos em que uma socialização se apresenta desnecessária, casos em que, segundo expõe, somente haverá lugar para uma prevenção especial negativa.

Embora esse teoria tenha apresentado seus méritos, a exemplo do caráter de ressocialização do autor do delito voltado ao momento do cumprimento da pena – e, nesse sentido, Mir Puig⁶⁵⁶ assenta que para essa teoria a imposição da pena não opera com caráter de prevenção geral, ou seja, no momento da aplicação da lei penal, mas no momento da execução ou cumprimento da pena em si, pois se destina a servir

⁶⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 246.

⁶⁵³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 583).

⁶⁵⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 582-583).

⁶⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

⁶⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 55.

de exemplo ou meio de ressocialização do autor do delito –, esse discurso também foi, assim como a prevenção geral, objeto de críticas doutrinárias, isso porque uma pena fundamentada exclusivamente em critérios preventivo-especiais acaba por infringir importantes garantias, especialmente a necessidade de proporcionalidade entre delito e pena; seus pressupostos de ressocialização mostram-se imprecisos, e, além disso, os fins da prevenção especial se mostram ineficazes diante de um autor do delito que não necessite de reeducação ou de intimidação⁶⁵⁷.

3.2.3 Teorias mistas ou unificadoras da pena

Ultrapassadas as correntes doutrinárias da teoria da pena acima citadas, Mir Puig⁶⁵⁸ refere a adoção de posicionamentos extremados por todas, os quais, em linhas gerais, assim indica: a) a pena como meio exclusivo de implementação da justiça; b) a pena como meio de proteção social exercida pela intimidação dirigida à comunidade; e c) a pena como proteção da sociedade evitando a reincidência do infrator. Assenta, assim, que tais objeções têm como finalidade combater a exclusividade de cada uma dessas acepções, cujo discurso acabou por ceder espaço ao desenvolvimento de teorias mistas ou ecléticas.

O surgimento, assim, das teorias mistas ou unificadoras da pena - consideradas dominantes no debate doutrinário na virada do século XX ao século XXI, conforme elucida Busato⁶⁵⁹, teve como representante inicial Berner – pela denominada teoria do espaço de jogo ou teoria do marco –, e depois Merkel.

O primeiro, que entendia a retribuição adequada como aquela que fixava um marco para a pena, o qual continha apenas limites mínimos e máximos, de modo que a fixação exata da pena dependia do aspecto preventivo geral e especial. O segundo, em linhas gerais, que compreendia a pena naturalmente como possuidora de duas facetas, as quais não poderiam ser cindidas. Criticou e entendeu absurda a pretensão de separação entre os aspectos retributivos e preventivos.

⁶⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 154.

⁶⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 87.

⁶⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 588-589).

Segundo elucida Bitencourt⁶⁶⁰, essas teorias nasceram em razão de as teorias monistas, independente de qual delas, não terem atendido à complexidade dos fenômenos sociais que interessam à esfera do direito penal, de modo que a teoria unificadora buscou mesclar e recolher os aspectos mais destacados de cada uma das teorias absolutas e relativas.

Logo, na acepção das teorias unificadoras denota-se uma marcante diferença entre fundamento e finalidade da pena, compreendendo-se, por fundamento, que a sanção penal não pode ter como princípio básico a intimidação da pena, devendo estar fundamentada apenas no fato praticado, ou seja, no delito. Essa acepção de pensamento, nesse viés, conjuga as ideias de retribuição e de prevenção, tendo deixado, contudo, de considerar a aplicação da pena como uma exigência ética de justiça, para transportar as suas finalidades às teses de prevenção – aqui a ideia de retribuição aparece apenas como limite, mínimo e máximo, para a aplicação da pena.

Em linhas gerais, para as teorias unificadoras passou-se a aceitar a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios que limitam a intervenção da pena como sanção penal, de modo que esta não pode ultrapassar a responsabilidade decorrente do fato praticado. Centralizou-se, assim, a finalidade do Direito Penal na ideia de prevenção, e a retribuição - seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas) – passou a desempenhar apenas um papel limitador da prevenção.

Mir Puig⁶⁶¹, nesse segmento, assenta que embora contenham discrepâncias, as teorias mistas, como um todo, coincidem no papel do direito penal como protetor da sociedade, pois, uma vez admitido que a retribuição é um meio de combate ao delito – e não um fim em si mesma – a abordagem de que a função do direito penal está esgotada na realização da justiça já foi abandonada. A divergência que surge, portanto, está atrelada quando se busca especificar, de um lado, a relação da proporcionalidade com o delito e as necessidades de prevenção e, de outro lado,

⁶⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155-156.

⁶⁶¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**: concepto y método. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 60.

a importância que se atrela, dentro da prevenção, para a prevenção geral e para a prevenção especial.

Refere o autor, assim, a distinção entre duas grandes correntes de pensamento. De um lado, uma concepção conservadora – representada pelo Projeto Ministerial Alemão de 1962 –, para a qual o direito penal é chamado a cumprir uma dupla função, qual seja, de proteção da sociedade e de realização da justiça, cujo pensamento aponta que a proteção da sociedade deve se basear na justa retribuição e na fixação da pena, concebendo ao fim de prevenção um mero papel complementar, no âmbito da retribuição, e, de outro, um setor progressista da ciência alemã, para o qual o direito penal assume apenas a função de proteção, que assenta o fundamento da pena na defesa da sociedade, correspondendo, a retribuição, apenas ao limite máximo dos requisitos de prevenção, evitando-se, com isso, uma pena superior ao delito praticado⁶⁶².

Consoante explica Bitencourt⁶⁶³, contudo, embora em um primeiro momento as teorias mistas tenham se limitado a criticar a adoção de teorias monistas e focado nos fins preventivos da pena, posteriormente, em uma segunda etapa, as construções doutrinárias abriram-se para a unificação da prevenção geral e específica a partir dos três estágios na norma penal: cominação, aplicação e execução.

Houve, assim, uma conciliação entre a defesa da sociedade, por meio de uma prevenção jurídico-penal, com limites à participação preventiva em razão do indivíduo em particular, cujo resultado não foi suficiente à consolidação de uma teoria da pena, já que o choque entre princípios e ideias distintos era inevitável⁶⁶⁴, passando os estudiosos a investigar teorias alternativas⁶⁶⁵.

⁶⁶² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 88.

⁶⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155-157.

⁶⁶⁴ Explica Bitencourt que houve antinomias cujos problemas surgiriam no momento de aplicação da pena, já que o que resultaria da ideia de prevenção geral poderia contrariar o princípio de culpabilidade ou de proporcionalidade, e, além disso, esses princípios também poderiam colidir com a ideia de prevenção especial. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156-157).

⁶⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 156-157.

3.2.4 Teorias da prevenção geral positiva: fundamentadora e limitadora

A doutrina também distingue duas correntes da teoria da prevenção geral positiva, sendo a vertente fundamentadora e a vertente limitadora da pena. Nessa linha, Busato⁶⁶⁶ refere que embora ambas possuam elementos comuns, divergindo, porém, em suas diretrizes fundamentais.

3.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora

No tocante à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, segundo Bitencourt⁶⁶⁷, merecem destaque os pensamentos de Welzel e Jakobs, principais expoentes desse segmento.

Welzel, com efeito, enfatizou uma função ético-social ao Direito Penal - figurando, a proteção de bens jurídicos, apenas como uma função de prevenção negativa -, constituindo, sua principal missão, a de garantir a vigência de valores ético-sociais, o que se realiza ao prescrever e castigar a violação de valores fundamentais⁶⁶⁸. Jakobs, por sua vez, atribuiu ao Direito Penal a função orientadora das normas jurídicas, estas que servem de orientação de conduta aos cidadãos para as suas relações sociais; segundo explica, enquanto o delito assume um aspecto negativo, pois implica em infringir a norma, a pena se revela positiva pois afirma a vigência da norma negada pela infração⁶⁶⁹.

A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora foi, do mesmo modo, objeto de críticas, e, nas palavras de Bitencourt⁶⁷⁰, não constituiu uma alternativa real para a satisfação das atuais necessidades da teoria da pena, sendo criticada também por buscar impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos – o que

⁶⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 596).

⁶⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149-150.

⁶⁶⁸ Segundo acrescenta, sobre essa teoria manifestaram-se dois autores alemães: Kaufmann e Hassemer. O primeiro que atribuiu a essa dimensão de Welzel a compreensão de um aspecto positivo da prevenção geral, e o segundo que considerou a teoria de Welzel próxima à prevenção geral (ou especial), contudo, a esse conceito, seria inerente uma função limitadora da intervenção penal (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 149-150).

⁶⁶⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149-151.

⁶⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 151.

não se poderia conceber em um Estado social e democrático de Direito –, bem como em face da eliminação dos limites do direito de punir, o que conduz a uma carência de legitimação democrática sob o aspecto da política criminal.

3.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora

Essa teoria nasce em contrapartida à teoria da prevenção geral positiva fundamentadora e tem como principal expoente Hassemer, o qual, nas palavras de Busato⁶⁷¹, é, possivelmente, o autor que confere melhor contorno a esse modelo discursivo.

Busato⁶⁷² assenta que a reflexão desse teórico parte da definição do direito penal como um instrumento formalizado de controle social, o qual, ao lado de outros sistemas – não formalizados – detém a responsabilidade pela estabilidade da sociedade. Sob essa perspectiva, as normas possuem o efeito de estabilizarem-se nos grupos e na sociedade por meio do convencimento social acerca de sua idoneidade, e não pela intimidação, representando elas também os limites da possibilidade de sua própria aplicação – as regras servem, assim, também aos que as aplicam.

Bitencourt⁶⁷³ assenta que para a teoria da prevenção geral positiva limitadora a prevenção geral deve expressar-se com sentido de limitar o poder punitivo Estatal, e este constitui o principal fundamento de tal teoria. Para essa acepção, o Direito Penal constitui um meio a mais de controle social, constituindo, a principal finalidade da pena, a prevenção geral – em ambos os sentidos, intimidadores e limitadores –, agregando as necessidades de prevenção especial no tocante à ressocialização do autor do delito, cujo processo implica na relação entre indivíduo e sociedade.

Segundo essa orientação teórica, assim, a pena deve se manter dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, cuja aplicação exige a

⁶⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 599).

⁶⁷² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 599-600).

⁶⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-101.

observância de um procedimento cercado das garantias jurídico-constitucionais. O Direito Penal, formaliza-se por meio da vinculação com as normas jurídicas e tem como objetivo limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em respeito aos direitos individuais do cidadão.

Em linhas gerais, na concepção de Hassemer *apud* Bitencourt⁶⁷⁴, a função da pena é a prevenção geral positiva, que implica na reação do Estado diante de fatos puníveis, protegendo-se, ao mesmo tempo, a consciência social da norma. Nesse viés, a proteção positiva significa tanto a ajuda que é conferida ao autor do delito como a limitação da pena imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima, constituindo, a ressocialização e a retribuição pelo fato, apenas instrumentos de realização do fim geral da pena, qual seja, a prevenção geral positiva.

Conforme assenta Mir Puig⁶⁷⁵, a prevenção geral deve ser limitada, ou seja, deve pautar-se também por uma afirmação razoável do direito, a ser realizada por meio da imposição de limites – limitação esta a ser efetivada por princípios, dentre eles o princípio da proporcionalidade.

Hassemer e Muñoz Conde⁶⁷⁶, ao fazerem referência a essa teoria, assentam-na como a mais moderna das teorias até então apresentadas quanto às finalidades de punição. Referem que sua abordagem coincide com as variantes posteriores das teorias absolutas, que buscaram tornar plausível a concepção de finalidade da pena como realização da justiça, com a teoria de Welzel, dos valores ético-sociais, e com a crítica do confinamento das teorias relativas – de não intimidação, mas de orientação.

Destacam, assim, que essas abordagens podem ser resumidas em três características dessa teoria: a) a finalidade ou missão de punição também é determinada pela missão ou finalidade do direito penal; b) as finalidades de prevenção geral e de prevenção individual devem ser pensadas de forma unitária, não cabendo a divisão entre produzir efeitos sobre o autor do delito e em produzir efeito sobre outros potenciais infratores; e c) a prevenção geral possui também um aspecto positivo na

⁶⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100.

⁶⁷⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 82-83.

⁶⁷⁶ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant to Blanch, 1989. p. 161-162.

estabilização da norma, não se reduzindo apenas ao aspecto negativo de intimidação. Referem que essa teoria, assim, somente tem um fundamento suficiente e um estímulo válido, que é a determinação do direito penal enquanto um setor formalizado de controle social.

Segundo referem, essa teoria não consubstancia, de forma alguma, em uma determinação absoluta das finalidades da pena, mas, ao mesmo tempo, não possui natureza de uma teoria relativa da punição; estabelece conceitos amplos de eficácia ou efetividade e de outras ideias sobre a justificação da pena; segundo ela, somente o direito penal que pode ser normativamente aceitável é, ao mesmo tempo, eficaz.

Segundo expõem, assim, os efeitos da punição somente podem ser avaliados a longo prazo, e a pena somente se justifica se estiver sob controle formalizado, e não quando alcança a ressocialização ou a intimidação⁶⁷⁷.

3.2.5 Teoria unificadora dialética da pena

Especialmente a partir dos anos 70 do século XX, dentre as correntes criminológicas, nascem discursos críticos do sistema penal em si e de sua incapacidade enquanto instrumento de controle social. Trata-se de um discurso criminológico que, sob algumas perspectivas, estuda, nas palavras de Busato⁶⁷⁸, a abolição do Direito Penal e, sob outra vertente mais moderna, busca o reducionismo garantista do sistema de imputação proposto.

Nesse processo, surge a teoria unificadora dialética, de Roxin⁶⁷⁹, este que propõe uma alternativa aos problemas apresentados, cuja concepção teórica, nas palavras de Busato⁶⁸⁰, acaba por justificar, de modo dinâmico, as diferentes justificações discursivas de acordo com a referência ao fundamento da pena.

⁶⁷⁷ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant to Blanch, 1989. p. 163-164.

⁶⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 604-605).

⁶⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157.

⁶⁸⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 589).

Defendida por Roxin⁶⁸¹, este, ao explicar a teoria unificadora dialética, assenta que nenhuma das três clássicas teorias, unilateralmente aplicadas, mostrou-se satisfatória a legitimar a teoria de aplicação da pena, tampouco restaram convincentes em si mesmas. Daí, enfatiza esse autor, a necessidade de as formulações de retribuição, prevenção especial e prevenção geral serem tratadas como fins de igual ou mesma categoria⁶⁸².

Elucida, assim, que uma teoria mista parte da compreensão de que nenhuma das teorias anteriores – retribuição ou prevenção geral e prevenção especial – podem determinar o conteúdo e os limites da pena por si mesmas, carecendo de embasamento teórico, na medida em que seus defensores se satisfazem em colocar uma ao lado da outra como fins da punição. Assenta que uma teoria unificadora, nesses moldes, não preenche as deficiências até então apresentadas, de modo que a função da uma teoria mista ou unificadora capaz de se sustentar, nas condições atuais, consiste em anular, renunciar ao pensamento retributivo e as posições absolutas das teorias tradicionais, preservando-se seus aspectos corretos em uma concepção ampla, a fim de que suas deficiências sejam amortecidas com base em um sistema de complementação e restrição recíproca.

Sob essa perspectiva, Roxin⁶⁸³ assenta o fim exclusivamente preventivo da pena, no sentido de que a pena somente deve perseguir a finalidade de prevenção de crimes, forma esta que possibilita alcançar a proteção da liberdade individual e também do sistema social que justifica as normas penais.

Destaca, assim, que tanto a prevenção especial como a prevenção geral devem figurar como fins da pena, justificando-se um conflito entre estes somente quando ambos os objetivos exigirem diferentes quantidades de penalidade.

Nesse viés, nas palavras de Bitencourt⁶⁸⁴, pela teoria dialética unificadora, tanto a prevenção especial, como a prevenção geral, devem figurar como fins da pena, devendo, a pena fixada em uma sentença, mostrar-se adequada para alcançar as

⁶⁸¹ ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 63-64.

⁶⁸² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 94-95.

⁶⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 95-96.

⁶⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157.

suas finalidades preventivas, equilibrando-as. Atenderá, de um lado, ao fim de ressocialização – quando possível estabelecer uma relação de cooperação com o condenado –, sem se impor uma reeducação ou ressocialização forçada⁶⁸⁵, e, de outro, a pena deverá projetar seus efeitos sobre a sociedade, demonstrando, por meio da imposição da pena, a eficácia da norma penal, resultando a motivação dos cidadãos em não infringi-la⁶⁸⁶.

Segundo Roxin⁶⁸⁷, ainda, somente em caso de conflito entre ambas as finalidades preventivas, deverá prevalecer a finalidade preventivo-especial, ou seja, de ressocialização, garantindo-se a redução da quantidade de pena diante das finalidades preventivo-gerais.

Nessa linha, Roxin⁶⁸⁸, na acepção da teoria unificadora, também renuncia por completo à ideia de retribuição, seja enquanto finalidade da pena em si, ou como fundamento de sua essência, e, a partir desse viés, abarca o princípio da culpabilidade enquanto função secundária da teoria dialética (não fundamentadora).

Segundo Busato⁶⁸⁹, ao renunciar a ideia de retribuição, sua posição concilia somente a prevenção geral e a prevenção especial, resultando possível, assim, a aplicação da pena onde não se fizer necessária a ressocialização do autor do delito, o que ocorre em razão da prevenção geral.

Conforme enfatiza Bitencourt⁶⁹⁰, com a renúncia à retribuição, o princípio de culpabilidade deixa de se vincular a essa ideia, e passa, por conseguinte, a exercer o papel limitador da pena, em seu limite máximo, a ser aplicado no caso concreto. Logo, por essa acepção, a duração da pena não pode ir além da medida da culpabilidade do autor do delito, ainda que os fins preventivos assim recomendem. A pena, assim, aplica-se de acordo com a culpabilidade, não havendo qualquer

⁶⁸⁵ Explica que sob este ponto de vista, em específico, denta-se a adesão de Roxin à prevenção especial positiva e sua rejeição às medidas de prevenção especial negativa.

⁶⁸⁶ Assenta que, sob este aspecto também se verifica a adesão de Roxin a uma compreensão mais moderna da prevenção geral, combinando aspectos da teoria da prevenção geral positiva e da prevenção geral negativa.

⁶⁸⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 97-98.

⁶⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 98-99.

⁶⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 590).

⁶⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 158-159.

impedimento, contudo, em reduzi-la de acordo com os fins preventivos, ainda que tenha de fixa-la em menor grau do que a culpabilidade do autor do crime.

Nessa linha, Roxin⁶⁹¹ resume a teoria no sentido de que a finalidade da pena, em linhas gerais, destina-se a atender aos fins de prevenção especial e geral, limitada ao máximo pela culpabilidade, mas podendo ser reduzida aquém desse limite desde que necessário a atender aos fins preventivos especiais e que os requisitos mínimos preventivos não se oponham a tal finalidade.

Refere cuidar-se de uma teoria com particular impacto na aplicação de lei, e, nesse sentido, valioso ensinamento é o de Mir Puig⁶⁹², o qual, conferindo especial atenção a essa teoria da pena⁶⁹³, ao analisar a formulação proposta por Roxin destaca que a resposta por ele oferecida se realiza nas seguintes dimensões: a) no momento legislativo, em que a função da pena se dá por meio da proteção de bens jurídicos, e benefícios públicos essenciais, proteção esta que se dá por meio da prevenção geral; b) no momento de aplicação judicial, em que a confirmação da gravidade abstrata do delito ocorre por meio da aplicação da pena pelo juiz, esta que, contudo, não é limitada, encontrando limites na culpabilidade do autor do delito; e c) no momento da execução da pena, que confirma os propósitos anteriores mas de forma voltada à prevenção especial, ou seja, à ressocialização.

Assenta, assim, ser esse segundo momento, ou seja, o de aplicação judicial (sentença), o que torna possível a conciliação das exigências de justiça, de prevenção geral e de prevenção especial.

3.2.6 Teoria Agnóstica da pena

Essa acepção teórica também surge a partir de 1970, na linha dos discursos críticos do sistema penal⁶⁹⁴. Denominada de teoria negativa ou agnóstica da pena, proposta por Nilo Batista e Zaffaroni, estes partem de uma base de análise

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997. p. 102-103.

⁶⁹² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 90-91.

⁶⁹³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 62.

⁶⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 604).

política de comparação entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia⁶⁹⁵, e em cujo posicionamento teórico assentam, consoante se extrai de Zaffaroni⁶⁹⁶, um posicionamento no sentido da negação dos institutos de direito penal até então propostos, com destaque à impossibilidade de se falar em uma única teoria da pena, desenvolvendo, nesse viés, toda a interpretação do direito penal à margem desta.

Nessa análise, e voltando-se à apreciação da realidade dos sistemas penais na atualidade, inclusive na América Latina, o autor assenta que a estrutura do poder social por meio da via punitiva mostra-se meramente simbólica, afirmando que uma teoria da pena é sempre uma teoria de direito penal⁶⁹⁷. Nasce, assim, uma teoria negativa ou agnóstica da punição, cujo desenvolvimento é realizado a partir do fracasso de todas as demais teorias (positivas), e cuja adoção possibilita delimitar o horizonte do direito penal sem que seu cumprimento legitime os elementos do Estado de Polícia, característicos do poder punitivo⁶⁹⁸.

Consoante explica Busato⁶⁹⁹, os expoentes dessa teoria⁷⁰⁰ enxergam, nas teorias da pena, apenas um esforço discursivo de afirmar uma característica positiva da pena, que, em verdade, não existe, de modo que a teoria agnóstica aponta para a falsidade dos discursos justificantes da pena, entendendo que qualquer tentativa de racionalização da pena estará dissimulada do real exercício do poder punitivo. Propõem os autores, assim, um abandono da pena.

Nessa acepção, segundo expõe Zaffaroni⁷⁰¹, a pena é reduzida a um mero ato de poder – não se trata, assim, de um ato jurídico –, ou seja, um exercício do poder político, de modo que a limitação do delito através da teoria da pena acaba por inverter a colocação geral da questão.

⁶⁹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 607-607).

⁶⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral - v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

⁶⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral - v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76 e 107.

⁶⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 2002. p. 44-45.

⁶⁹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 607-608).

⁷⁰⁰ Em referência aos autores Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni.

⁷⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 2002. p. 51.

Propõe, então, a determinação da existência do delito a partir da teoria da pena, de caráter minimalista. Assenta que a pena, nesse viés, não pretende cumprir uma função de expiação ou castigo⁷⁰², referindo, diversamente, que o propósito de segurança das penas e o de limitação do poder de ingerência do Estado nas condutas que afetam os bens jurídicos apresentam-se necessariamente complementares⁷⁰³. Logo, como forma de ampliar o nível de segurança jurídica, essa teoria propõe a redução do poder punitivo do Estado de Polícia mediante a aplicação do Estado de Direito, a se realizar por meio do reforço do poder de decisão jurídica⁷⁰⁴.

Segundo Zaffaroni⁷⁰⁵, não parece ser possível que a pena tenha por objeto retribuir a culpabilidade e, menos ainda, que a culpabilidade seja o único limite da responsabilização penal. Destaca que a pena pode ter como objeto a prevenção especial (ressocialização), sem que, com isso, negue ao autor do delito sua autonomia moral.

Ao seu ver, ainda, não pode a pena ter como limite a periculosidade e que a pena não retribui o injusto nem sua culpabilidade, mas deve, ao mesmo tempo, guardar relação com ambos, sendo este o único caminho para o qual se possa alcançar a segurança jurídica e não afrontá-la.

Zaffaroni⁷⁰⁶, assim, reconhecendo a deslegitimação do sistema penal, propõe um conceito agnóstico, que assim o denomina quanto ao papel da pena - pois parte da ignorância do papel da pena, de modo que a teoria, nessa linha, constitui a única forma que permite incorporar a pena no horizonte do direito penal e, com isso, torná-lo pertinente.

⁷⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** - v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529.

⁷⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** - v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

⁷⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle (posição 608).

⁷⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** - v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 109.

⁷⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima, 2002. p. 46.

3.2.7 A questão dos limites da punibilidade a partir da tipicidade

A partir das teorias da pena, Mir Puig⁷⁰⁷, refere que ainda que a pena seja compreendida como uma punição, ela exerce uma função preventiva de defesa dos direitos legais, referindo, nesse viés, que a prevenção geral e a prevenção especial tendem, ao final, ao mesmo objetivo, qual seja, a prevenção do delito como forma de proteção social.

Vale-se da abordagem de Roxin, com algumas nuances, para destacar a combinação das duas formas de prevenção. Aduz, assim, que no momento da cominação legal, aplica-se apenas a prevenção geral, pois não há como buscar a prevenção especial quanto ao infrator, esta que tende a agir de acordo com a gravidade do fato e a periculosidade do infrator.

Refere que essa função preventiva é, posteriormente, também confirmada nas fases da sentença judicial e da execução da pena. Na fase judicial, porém, pode também intervir a função de prevenção especial, associada à ideia de proporcionalidade, referindo-se à situação pessoal do infrator e ao grau de gravidade do fato, enquanto na determinação da pena a ideia de prevenção especial realiza-se no estreito quadro permitido pela legislação penal de acordo com cada delito.

Assenta, ainda, que na fase de execução da pena propriamente, atuam a função de prevenção especial e de ressocialização, quanto às penas privativas de liberdade, de modo que, nas demais penas, a prevenção especial constitui consequência implícita da intimidação concreta que a execução da pena exerce para o infrator⁷⁰⁸.

Por fim, Mir Puig⁷⁰⁹ assenta a problemática da punibilidade e o limite desta com a tipicidade (sob a ótica da teoria do delito), e, nesse viés, registra sua compreensão no sentido de que não se está a tratar de uma categoria unitária, referindo-se, a questão, a dois grupos de elementos que possuem natureza distinta: a) de um lado, assim, estão as condições objetivas de punibilidade de que depende a relevância jurídico-penal do fato objetivamente posto, estas que afetam a natureza

⁷⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 96-98.

⁷⁰⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 98-99.

⁷⁰⁹ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 142-145.

criminosa da ilicitude do ato; e b) de outro lado, encontram-se as circunstâncias associadas à punição de determinada pessoa, impedindo a realização desta, mas que não excluem a relevância penal objetiva do ato/fato em si – não impedem a antijuridicidade penal típica –, como as escusas absolutórias, ou causas pessoais de exclusão da pena.

Diante desses elementos, na concepção do autor, apontam-se duas compreensões possíveis – a primeira, no sentido de que a punibilidade não exclui a infração penal, mas apenas excepciona a punição do delito quando cometido por determinada pessoa, situação em que o delito continua a existir; e, a segunda, na acepção de que se o conceito de crime também abarca a punibilidade, deve-se exigir também os elementos da categoria punição para sua existência –, a partir dos quais Mir Puig refere inclinar-se para a compreensão exposta pelo primeiro pensamento.

3.2.8 Considerações sobre a prisão pena

Compreendidos os aspectos teóricos relativos às teorias da pena e suas finalidades, Chaves Junior⁷¹⁰, em recente obra, ao assentar os fins da prisão contemporânea e o impacto provocado pelos sistemas penitenciários atuais, assenta que várias são as teorias justificadoras das finalidades da prisão pena, estas que autorizam o Estado a, no exercício do direito de punir, valer-se de distintos discursos.

Refere que, sob a ótica do ordenamento jurídico processual brasileiro e da execução da pena, vigora a Lei de Execução Penal que, dada a redação disposta no art. 1º⁷¹¹, aponta para adoção, como teoria a justificar a imposição da pena, a teoria da prevenção especial positiva - segundo expõe, denota-se, da leitura do referido dispositivo, um intuito voltado à ressocialização, muito embora, consoante explícita, a normatização não se utilize de tal vocabulário.

Ao analisar, contudo, o modelo de execução da pena e os sistemas penitenciários atuais, sobretudo sob uma abordagem dos fins declarados pelo

⁷¹⁰ CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. *E-book*. p. 158-162.

⁷¹¹ “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

discurso oficial, aponta uma verdadeira disfunção entre este e a atual realidade do sistema quanto à aplicação das penas privativas de liberdade, este que acaba por não cumprir suas finalidades.

Nessa linha, Bitencourt⁷¹² também denuncia a deficiência das condições penitenciárias na maior parte dos países do mundo, e aponta para uma efetiva crise da pena privativa de liberdade, não como algo derivado de sua essência propriamente, mas compreendida como o resultado da deficiente atenção que tem sido dispensada ao problema penitenciário pelos governos atuais.

Denota-se, assim, que a busca pela realização das finalidades da prisão pena, em relação a quaisquer das teorias adotadas, ocorre com a privação da liberdade após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória, e, nesse viés, é a normatização quanto às finalidades e funções da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro, estas que se realizam nos termos da Lei de Execução Penal⁷¹³ - a qual regulamenta a execução definitiva da sentença, possibilitando o atendimento dos fins da pena quanto cessada a garantia da presunção de inocência.

⁷¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição do Kindle (posição 3035-3042).

⁷¹³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

CAPÍTULO 4

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A partir do estudo realizado, cumpre, neste último capítulo, analisar as implicações do direito fundamental à presunção de inocência à luz da teoria dos direitos fundamentais, verificar a natureza da garantia fundamental da presunção de inocência, inserida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de acordo com a teoria normativa de Alexy, examinar o conteúdo e forma que essa garantia assume no ordenamento processual penal brasileiro à luz do direito estrangeiro, especialmente do direito português, bem como explorar a natureza que assume a prisão decorrente da condenação em segunda instância à luz das espécies prisão cautelar e prisão pena.

4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PREVISTO NO ART. 5º, LVII, DA CRFB/88 À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, verifica-se que inúmeras são as implicações que decorrem da compreensão do princípio da presunção de inocência, constitucionalmente positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Seguindo a concepção de Sarlet⁷¹⁴, tem-se que a expressão direitos fundamentais abarca aqueles direitos compreendidos ou outorgados na esfera interna cada Estado⁷¹⁵, entendidos, nas palavras de Canotilho⁷¹⁶, como aqueles direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e temporalmente, que se encontram positivados no texto constitucional e vigentes em determinada ordem jurídica.

Apontando esses direitos como aqueles que gozam de especial dignidade, destaca o segundo autor uma dupla proteção – ou dupla fundamentalidade – que a

⁷¹⁴ Expressão mencionada na p. 33.

⁷¹⁵ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.1.1, a partir do autor Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷¹⁶ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.1.1, a partir do autor J.J. Gomes Canotilho.

eles é conferida. Uma fundamentalidade de natureza formal, associada aos aspectos de forma, disciplina, limites de revisão e vinculatividade dessas normas, e uma fundantealidade de natureza material, ligada ao conteúdo do pronunciamento nelas previsto⁷¹⁷.

Denota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que pela primeira vez expressamente assegurou o princípio da presunção de inocência, o fez em uma posição topográfica que não deixa dúvidas quanto ao aspecto formal de sua fundamentalidade.

Com efeito, inserido no Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, também se encontra previsto no Capítulo I, intitulado dos direitos e deveres individuais e coletivos, constituindo, o artigo 5º e seus inúmeros incisos, o único e destacado dispositivo legal a tratar dessas espécies de direitos⁷¹⁸.

Normatizado no art. 5º, LVII, o qual assegura que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não apenas seu conteúdo do princípio em si – que assegura o direito de liberdade, impondo limites ao poder do Estado –, mas também o processo histórico que o envolve, de sua construção e da evolutiva conquista que envolveu sua normatização no âmbito dos direitos humanos (ou “direitos humanos fundamentais”) – compreendidos, segundo Sarlet⁷¹⁹, como os direitos positivados na esfera internacional –, não deixam dúvidas também quanto à fundamentalidade material dessa disposição normativa, dotada das características apontadas por Ferrajoli⁷²⁰, quais sejam, do caráter subjetivo e da correspondência universal a todos enquanto pessoas naturais e enquanto cidadãos.

A partir da construção teórica e classificação de Hesse⁷²¹, também se pode afirmar a natureza de direito fundamental da norma insculpida no art. 5º, LVII, da CRFB/88, constituindo-se, nesse viés, em um direito fundamental do particular

⁷¹⁷ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.1.1, a partir do autor J. J. Gomes Canotilho.

⁷¹⁸ Art. 5º, LVII. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁷¹⁹ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.1.1, a partir do autor Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷²⁰ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.1.2, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁷²¹ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2, a partir do autor Konrad Hesse.

propriamente dito, e revelando-se em um instituto com a finalidade de proteger esse âmbito dos direitos subjetivos, ou seja, como um instrumento de defesa contra os poderes estatais.

Possui implicação enquanto liberdade positiva para o cidadão, qual seja, de ser considerado presumidamente inocente até que uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado afirme sua responsabilização penal, não ser recolhido à prisão, e, nessa linha, pode ser compreendido como um direito subjetivo fundamentador de *status*, cuja atuação se realiza em complemento aos direitos objetivos fundamentadores de *status*.

Comumente denominado de princípio, trata-se, assim, e sem qualquer dúvida, de um direito constitucionalmente assegurado que se firmou, no âmbito da tradicional classificação, na esfera da primeira dimensão – ou geração – dos direitos fundamentais.

Nessa linha, e seguindo a classificação de Sarlet⁷²², conclui-se que a) o princípio está compreendido em uma zona de não intervenção estatal, pois ao assegurar a presunção de inocência do acusado até que declare, por sentença judicial transitada em julgado, sua culpa, assegura o direito de liberdade do cidadão, ou seja, de ser considerado inocente e de nesta condição responder ao processo judicial, cuja acepção corresponde àquela denominada por Dimoulis e Martins⁷²³ como “pretensão de resistência à intervenção estatal”; e b) cuida-se de um direito de cunho negativo, ou seja, dirigido a uma absteção do poder público, que impede este de, como regra, intervir na esfera de liberdade e de autonomia do cidadão enquanto deve considerá-lo presumidamente inocente, cuja circunstância implica, na acepção de Dimoulis e Martins⁷²⁴, em uma proibição de interferência endereçada ao Estado.

Também a partir da tendência contemporânea, cuja classificação é citada por Dimoulis e Martins, em relação às duas funções centrais assumidas pelos direitos fundamentais – também referida por Sarlet como a dupla dimensão de funções desses

⁷²² Segundo classificação apontada por Sarlet, conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2.1.

⁷²³ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2, a partir dos autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins.

⁷²⁴ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2, a partir dos autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins.

direitos na ordem jurídica –, denotam-se importantes implicações no âmbito do princípio da presunção de inocência, e, nesse viés, cabe apontá-las.

De um lado, sob o aspecto da dimensão subjetiva, esta que abarca tanto o *status negativus* como o *status positivus* desses direitos, tem-se que, no âmbito do primeiro, o princípio da presunção de inocência assegura aos indivíduos o direito de resistência à intervenção estatal em caso de desrespeito ou violação à presunção de inocência, implicando, por conseguinte, em uma obrigação de não fazer ao Estado – cuja função, verifica-se, mostra-se similar à acima apontada quanto à classificação que assume enquanto direito de primeira dimensão, acima referido –, e, sob o *status positivus*, em razão de conferir um estado de liberdade ao indivíduo presumidamente inocente, implica em uma proibição de omissão quanto a esse direito por parte do Estado.

De outro lado, o enfoque na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja percepção dissocia-se de seu titulares, permite apontar as seguintes implicações acerca da presunção de inocência enquanto direito fundamental:

- a) implica em norma, objetivamente considerada, de competência negativa, ou seja, independentemente de o particular exigir seu cumprimento, implica em dever ao Estado de considerá-lo inocente até que se prove sua culpa;
- b) implica em critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional – como visto, constitui o princípio, nas palavras de Aury Lopes Júnior, verdadeiro vetor a nortear o direito processual penal⁷²⁵;
- c) implica na possibilidade de limitar direitos fundamentais quando se encontrar na esfera de seus titulares – como visto, o princípio da presunção de inocência não goza de caráter absoluto, sofrendo relativização em face das prisões cautelares⁷²⁶;
- d) implica em um dever do Estado de tutelar a presunção de inocência, com caráter preventivo e por meio de previsões legais e, nessa acepção, pode-se citar as três diferentes dimensões por ela assumidas no ordenamento

⁷²⁵ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1.

⁷²⁶ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2.

processual penal brasileiro, estas que possuem reflexo na regulamentação processual penal: norma probatória, norma de tratamento e norma de julgamento⁷²⁷.

Importante destaque merece, nesse viés, o enfoque dessa mesma dimensão objetiva apontada por Sarlet. É que a aplicação dessa doutrina ao direito fundamental da presunção de inocência implica em reconhecer a multifuncionalidade desse direito no ordenamento jurídico brasileiro enquanto direito fundamental e, nesse viés, exerce ele a função de fornecer impulsos e diretrizes às normas infraconstitucionais, a fim de que a presunção de inocência seja efetivamente preservada, realizando-se uma interpretação conforme - trata-se, da eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, citada e reconhecida pela doutrina e jurisprudência constitucional Alemã⁷²⁸.

Cuidando-se, ainda, de norma de direito fundamental, denota-se que a garantia de presunção de inocência possui resguardo normativo enquanto cláusula pétrea⁷²⁹. Inserido, portanto, dentro do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na forma disposta no art. 60, § 4º, do atual texto constitucional⁷³⁰, não pode ser suprimido ou destruído, ainda que admita ajustes legais⁷³¹.

Assim, enquanto norma que integra a esfera do que não mais é decídel⁷³² pelos legisladores constituinte e infraconstitucional, diante da natureza de núcleo essencial de direito fundamental que assume, não pode sofrer restrição⁷³³, e, nessa linha, também é a conclusão que se alcança ao se analisar a garantia sobre a ótica da acepção teórica de Canotilho⁷³⁴.

É que esse autor enumera as restrições a direitos fundamentais como a) restrições constitucionais denominadas de diretas ou imediatas, diretamente estabelecidas pelas normas constitucionais, garantidoras de direitos; b) restrições

⁷²⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2.

⁷²⁸ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2.1.

⁷²⁹ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.4, a partir do autor Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷³⁰ Art. 5º, LVII. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

⁷³¹ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.4, a partir do autor Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷³² Referência à classificação adotada por Ferrajoli quanto à esfera do não decídel.

⁷³³ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.4, a partir do autor Robert Alexy.

⁷³⁴ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.4, a partir do autor J.J. Gomes Canotilho.

estabelecidas por lei mediante autorização expressa da Constituição - reserva de lei restritiva -, que consistem nas restrições autorizadas ou permitidas, de forma expressa, pelos preceitos garantidores de direitos, liberdades e garantias; e c) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, que consistem nos limites constitucionais não expressos na norma garantidora, mas admitidos pela necessidade de resolução de direitos, e, em apreciação à normatização do estado de inocência na ordem constitucional brasileira, conclui-se que esse não se insere em nenhuma dessas possibilidades de restrição.

A partir dos reflexos que a norma assume, portanto, enquanto núcleo essencial do direito de liberdade, considerando-se o conteúdo de sua norma, e, nesse viés, ainda que comumente denominado pela doutrina e jurisprudência de “princípio” – cuja acepção é também adotada na presente pesquisa –, necessário que se verifique, à luz da teoria normativa dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, a natureza que seu aspecto redacional concretamente assume no ordenamento jurídico vigente: se assume natureza jurídica de regra (norma-regra) ou de princípio (norma-princípio)⁷³⁵.

4.2 A NATUREZA DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO NORMA JURÍDICA DO DIREITO FUNDAMENTAL: NORMA-PRINCÍPIO OU NORMA-REGRA

Na linha distintiva entre normas-regras e normas-princípios, conforme estudado no Capítulo 1, cujo referencial teórico é Alexy, denotam-se importantes elementos e características que buscam diferenciar essas duas espécies normativas. Nesse viés, a partir dos autores citados e do conteúdo normativo, de importância ímpar se apresenta a identificação da natureza jurídica que assume a norma prevista no 5º, LVII, da CRFB/88 - “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁷³⁵ Construção desenvolvida a partir da orientação teórica do doutrinador José Afonso da Silva, manifestada no parecer jurídico realizado nos autos do HC n. 152.752/PR, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Edson Fachin, no qual se discutia o princípio da presunção de inocência e a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. SILVA, José Afonso da. **Parecer**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Segundo Alexy⁷³⁶, que parte da tese que assenta a distinção com base no alto grau de generalidade que envolve os princípios em detrimento das regras, e também em uma distinção qualitativa entre norma-regra e norma-princípio, pode-se afirmar, de início, que o conteúdo da normatização do estado de inocência não se apresenta com um alto grau de generalidade.

Por certo que, elevado à categoria de direito constitucional expressamente positivado, enquanto direito fundamental, a consagração da norma do estado de inocência constitui um dos princípios basilares do Estado de Direito⁷³⁷, constituindo-se em uma garantia de singular importância no ordenamento jurídico brasileiro, cuja função é nortear a interpretação do Código de Processo Penal, a fim de conduzi-lo a uma interpretação democrática⁷³⁸.

Nada obstante, da análise do seu conteúdo – do qual, como visto no Capítulo 2, decorrem implicações enquanto regra de tratamento, regra de juízo e regra probatória – denota-se uma materialidade muito precisa quanto à aplicação e delimitação dessa norma, afastando-se de um alto grau de generalidade e se aproximando de um conteúdo de regra. A norma se apresenta bastante clara no sentido de que todo indivíduo é presumidamente inocente até que se obtenha uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado.

Os efeitos da norma, assim, realizam-se enquanto direito fundamental, constituindo-se em garantia e direito individual, aproximando-se seu conteúdo do grau de generalidade atinente à categoria norma-regra.

Cumprе acrescentar que, diferentemente da redação conferida à garantia da presunção de inocência pelos diplomas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (1950), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1990) e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) - os quais asseguram, em linhas

⁷³⁶ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.2.1.

⁷³⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1, a partir do autor Alexandre de Moraes.

⁷³⁸ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1, a partir dos autores L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho e Nuno Brandão.

gerais, a presunção de inocência do réu até a prova da culpa ou da culpabilidade⁷³⁹ -, a norma do texto constitucional brasileiro delimita com precisão o termo final para cessar o estado de inocência em favor do réu, qual seja, a data do trânsito em julgado⁷⁴⁰.

Assim, embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha conferido – consoante por Távora⁷⁴¹ destacado – maior amplitude à garantia do estado de inocência, denota-se que seu conteúdo possui delimitação bastante clara, que não possibilita um alto grau de generalidade em sua interpretação.

No tocante à distinção de aspecto qualitativo destacado por Alexy, este também aponta uma característica que reputa determinante, segundo a qual princípios são compreendidos como mandamentos de otimização, e, por isso, podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo, a sua realização, das possibilidades fáticas e jurídicas, cujo âmbito de aplicação é determinado partir dos princípios e regras colidentes, apresentando-se as regras, por sua vez, como normas que podem ou não ser satisfeitas, pois, se válida, deve ser aplicada exatamente naquilo que ela prevê, nem mais nem menos⁷⁴².

Observa-se, nesse viés, que a garantia do estado de inocência, no âmbito do processo penal brasileiro, assume três principais enfoques⁷⁴³. Quanto ao primeiro, as doutrinas de Vegas Torres *apud* Aury Lopes Júnior⁷⁴⁴ e de Badaró⁷⁴⁵ divergem sob o aspecto conceitual. É que a primeira o relaciona enquanto norma de julgamento no processo penal – dirigida ao juízo e que atua em um nível de exigência de suficiência probatória para a prolação de um decreto condenatório -, enquanto a segunda, destaca-o como uma garantia política do estado de inocência - quiçá, a forma mais importante de analisá-lo -, enfatizando-o como componente basilar de um modelo de processo penal respeitador da dignidade humana e de seus direitos essenciais – atrelado, portanto, à própria finalidade do processo penal.

⁷³⁹ Aqui compreendida como a responsabilidade penal do réu.

⁷⁴⁰ Disposições normativas na ordem internacional analisadas no Capítulo 2, item 2.1.

⁷⁴¹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1, a partir dos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigue Alencar.

⁷⁴² Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.1, a partir do autor Robert Alexy.

⁷⁴³ Cumpre ressaltar que os ordenamentos jurídicos estrangeiros destacam, como regra geral, dois principais sentidos aos princípios: regra de tratamento a ser conferido ao réu e regra de julgamento. Ver Capítulo 2, item 2.2.

⁷⁴⁴ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

⁷⁴⁵ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2, a partir do autor Gustavo Badaró.

Ao destacarem a garantia, contudo, como regra probatória e como um postulado de tratamento a ser conferido ao acusado, apresentam unanimidade sob o aspecto classificatório. Sob o primeiro enfoque, decorre a implicação de que ao réu, por ser considerado presumidamente inocente, nada incumbe provar, cujo ônus recai sobre a acusação, enfatizando Badaró tratar-se de uma regra de julgamento, cuja acepção, segundo o autor, confunde-se com o princípio *in dubio pro reo*.

Quanto à acepção de postulado de tratamento a ser conferido ao réu, no âmbito do processo penal, significa que o acusado deve ser tratado como inocente, do que decorre, por conseguinte, a proibição de ele receber o tratamento de culpado, o que implica na máxima redução das restrições de seus direitos⁷⁴⁶.

Denota-se, por conseguinte, que o âmbito de aplicação e realização da norma do estado de inocência encontra-se previamente determinada a partir da garantia prevista no texto constitucional, e, embora possua sentidos distintos a serem implementados sob diferentes enfoques, estes não implicam em satisfação da garantia em graus variados.

É que a garantia do estado de inocência, enquanto direito fundamental e norma norteadora do processo penal, não pode ser dosada ou ponderada, não dependendo sua aplicabilidade, no caso concreto, de qualquer conflito entre regras ou colisão entre princípios.

Alinhando-se à espécie norma-regra, trata-se de uma norma – garantia – que deve ser satisfeita exatamente naquilo em que ela prevê, e não há espaço para dosagens, de modo que, por essa garantia constitucional, todo réu deve ser considerado presumidamente inocente – e daí os reflexos para os diversos momentos e sujeitos processuais (regra probatória, de tratamento e de julgamento) – até que se opere o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Deve a norma, assim, porquanto válida, ser aplicada exatamente naquilo que ela prevê, nem mais, nem menos, cuja implicação a distingue, como dito, como norma-regra.

⁷⁴⁶ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2, a partir do autor Gustavo Badaró.

Nessa linha, Alexy⁷⁴⁷ também faz referência a um distinto caráter assumido pelos princípios, ou seja, como razões *prima facie*, já que não apresentam um mandamento definitivo em si mesmos, o que significa dizer que a realização destes, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ocorre na maior medida possível, enquanto as regras, possuindo uma determinação da extensão de seu conteúdo, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, ordenam algo a ser realizado, de modo que, da aplicação das regras, acaso não falhem, resulta exatamente aquilo que a norma-regra prevê.

Assenta, assim, que a realização dos princípios ocorre na maior medida possível, no caso concreto, e a partir de antinomia de normas, cuja solução, em caso de colisão entre dois ou mais princípios, se dá a partir da ponderação - dimensão do peso e/ou importância -, em cujo campo sua doutrina aponta para a aplicação do princípio da proporcionalidade em suas três subdivisões: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Refere que o conflito entre regras se realiza no campo da validade, cuja solução, segundo apontado por Bobbio⁷⁴⁸, resolve-se a partir dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, nessa ordem, e não permite um juízo de ponderação entre elas e a aplicação da lei de colisão.

Também sob essa ótica necessário enfatizar o caráter de regra assumido pela norma do estado de inocência, esta que constitui, por si mesma, um mandamento definitivo, já que ordena algo a ser realizado e possui uma determinação quanto à extensão do conteúdo normatizado, ou seja, determina que se presuma inocente toda pessoa acusada, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A aplicação da norma do estado de inocência, portanto, exige sua realização na forma exatamente prevista, não se aplicando na dimensão do peso ou importância, nem dependendo, sua aplicabilidade, de uma ponderação. Embora se afirme enquanto direito fundamental – sem, portanto, caráter absoluto⁷⁴⁹ –, sua realização não depende de um conflito para que haja a satisfação da norma no caso

⁷⁴⁷ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.2, a partir do autor Robert Alexy.

⁷⁴⁸ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.2, a partir do autor Norberto Bobbio.

⁷⁴⁹ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.2, a partir do autor Robert Alexy.

concreto, esta que se realiza diretamente, na situação fática, pelo fato de possuir a natureza de regra de direito fundamental constitucionalmente assegurada.

No mesmo sentido, tem-se que a análise na norma constitucional do estado de inocência, sob a ótica e características destacadas por Canotilho⁷⁵⁰, aponta para a sua natureza de regra jurídica propriamente dita, e não de princípio.

Nessa linha, tem-se que, quanto ao grau de abstração, o aspecto material da norma constitucional da presunção de inocência não evidencia um elevado grau de abstração, e um reduzido grau de determinabilidade, condizente com os princípios. Ao revés, por se tratar de norma dotada de elevada precisão, acaba por delimitar um termo final específico para sua incidência, do qual se extrai que até que haja uma sentença penal condenatória definitiva, nenhum indivíduo poderá ser considerado culpado.

No mesmo viés, a garantia do estado de inocência, embora assuma papel de destaque a nortear o direito processual penal, o que decorre especialmente de sua normatização enquanto direito fundamental, seu conteúdo é de caráter funcional, e não de uma norma estruturante do sistema ou de um modelo juridicamente vinculante consolidado na exigência de justiça. Visto, ainda, que princípios são normas que se encontram na base do ordenamento jurídico, constituindo-se como fundamento das regras jurídicas, também não se denota esse caráter da normatização do estado de inocência.

É que Canotilho também assenta, em uma distinção qualitativa, segundo a qual enquanto os princípios, em uma convivência de natureza conflitual, coexistem, e permitem o balanceamento de interesses e valores, de acordo com o peso e a ponderação com outros princípios colidentes - compatíveis, portanto, com vários graus de concretização -, as regras se apresentam com a característica da antinomia, ou seja, constituem-se em uma exigência nelas previstas que é, ou não, cumprida, não permitindo uma coexistência; são elas, assim, afetas ao campo da validade, do tudo ou nada, e não permitem uma valoração ou ponderação. Devem, portanto, serem cumpridas nos exatos termos de sua prescrição.

⁷⁵⁰ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.1, a partir do autor J.J. Gomes Canotilho.

Também nessa linha é que o conteúdo material da presunção do estado de inocência encontra-se bastante claro e delimitado quanto a sua extensão e alcance, não possibilitando um juízo de ponderação para sua incidência. A norma do art. 5º, LVII, da CRFB/88, enquanto direito fundamental que é, não prevê exceções diretamente e também não as autoriza ou delega ao legislador infraconstitucional. Seu âmbito de aplicação é claro, certo e definitivo e, portanto, não comporta um balanceamento de valor a ser realizado em cada caso, de acordo com os interesses e valores em jogo, para sua aplicação. Apresenta-se, nesse viés, incompatível com vários graus de concretização, exigindo seu cumprimento nos exatos termos prescritos.

Com isso, denota-se que a presunção do estado de inocência, da forma disposta, possui aplicação direta e sua satisfação ocorre no campo da validade, não dependendo de qualquer outra situação para sua concretização.

Realiza-se sob a ótica do tudo ou nada, ou seja, vale dizer que ou a presunção do estado de inocência se aplica até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou essa garantia não se aplica no ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo margens normativo-constitucionais para dosagem ou interpretação sob este aspecto. Daí que o dispositivo constitucional inserido no art. 5º, LVII, da CRFB/88, embora comumente denominado e referido enquanto princípio, assume, dentro dessa teoria, a natureza de regra jurídica de direito fundamental.

4.3 CONTEÚDO E FORMA DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO ESTRANGEIRO

Enquanto norma de natureza de direito fundamental, verificou-se que o princípio da presunção de inocência não detém caráter absoluto, podendo ser relativizado, a exemplo do que ocorre quando da imposição da prisão cautelar (dimensão atribuída ao princípio enquanto regra de tratamento a ser conferido ao réu).

Das implicações decorrentes do caráter fundamental que lhe assiste, à luz do direito estrangeiro e enquanto norma-regra jurídica que é, denota-se, consoante já assentado, que o ordenamento jurídico brasileiro conferiu maior amplitude à norma-regra da presunção de inocência, se comparado a outros instrumentos de ordem

internacional, isso porque, em sua redação, o texto constitucional de 1988 assentou o termo final para a presunção do estado de inocência em favor do acusado como sendo o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e não a comprovação da culpa ou culpabilidade.

Observa-se que a redação do art. 5º, LVII, da CRFB/88 teve como influência a redação do princípio na forma disposta na Constituição Italiana, que, em seu art. 27º, n. 2º, dispõe que o acusado não é considerado culpado até a sentença final ⁷⁵¹, além de possuir similar redação com a presunção de inocência assegurada na Constituição da República Portuguesa, que, em seu art. 32⁷⁵², prevê que todo arguido deve ser considerado presumidamente inocente até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Da análise da presunção de inocência sob a ótica dos ordenamentos jurídicos e doutrinas estrangeiros, nesse viés, denota-se que tanto nos ordenamentos jurídicos latino-americanos estudados – Argentina e Chile – como também no direito espanhol, italiano e português, a norma da presunção de inocência assume contornos bastante próximos e significativos, especialmente no que concerne à sua interpretação enquanto norma de tratamento a ser conferido ao acusado no âmbito do direito processual penal.

No tocante ao ordenamento jurídico argentino, observa-se que as implicações do princípio, segundo Binder⁷⁵³, realizam-se, basicamente, em duas acepções: uma probatória, relacionada à construção da culpabilidade, e outra enquanto regra de tratamento, esta que, em seu triplo significado, assenta ao órgão de persecução penal o dever de comprovação da culpabilidade do réu, a proibição de este ser tratado como culpado, bem como a proibição de se antecipar a pena, já que a pena constitui a consequência direta da comprovação da culpabilidade.

Na mesma linha, Vázquez Rossi⁷⁵⁴, ao tratar sobre as implicações processuais do princípio, assenta que este tem por base o estado legal de inocência do réu, o qual regulamenta a lógica probatória, e que, por essa garantia, a sentença

⁷⁵¹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.3.

⁷⁵² Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.5.

⁷⁵³ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.1, a partir do autor Alberto M. Binder.

⁷⁵⁴ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.1, a partir do autor Jorge E. Vázquez Rossi.

somente pode ser validamente executada após a ocorrência do trânsito em julgado de uma decisão sobre o crime e sua autoria, enquanto Bento⁷⁵⁵, sob a ótica do direito processual penal argentino, assenta que essa legislação assegura a figura da prisão preventiva como custódia cautelar do investigado, esta que, contudo, inevitavelmente, não pode ser imposta como antecipação de pena.

Sob essa mesma ótica, a norma que garante a presunção do estado de inocência no Chile⁷⁵⁶ constitui-se em um dos pilares do sistema acusatório, e, como seu principal significado, compreende-se que até a sentença final o acusado é considerado inocente e assim deve ser tratado, não se mostrando possível que a prisão preventiva do réu seja considerada, até que se realize esse termo, como cumprimento antecipado de sua pena.

Daí que, segundo Maturana e López, também nessa ordem jurídica a norma da presunção do estado de inocência compõe-se de duas regras que se integram, ou se complementam: a primeira enquanto regra de tratamento a ser conferido ao acusado e a segunda enquanto regra de julgamento, esta que impõe ao órgão acusador o ônus de produzir as provas, retirando do réu qualquer dever de provar sua inocência.

Logo, ainda que o estado de inocência não implique em qualquer proibição para a adoção de medidas cautelares, inclusive de restrição de liberdade do réu, assentam que essas medidas não podem ser consideradas mecanismos antecipatórios em caso de eventual condenação, sob pena de se violar a presunção de inocência e o direito a um julgamento anterior.

Mesma acepção, em linhas gerais, é a conferida ao estado de inocência pelo direito espanhol – previsto na Constituição Espanhola de 1978, como observância necessária da dignidade da pessoa humana, no art. 24, itens 1 e 2, e a respeito do qual o Tribunal Superior Espanhol já se manifestou sobre sua natureza de direito fundamental – o qual, segundo Vilela⁷⁵⁷, e também assinalado por Junoy⁷⁵⁸, implica seus efeitos em um duplo plano, ou seja, um primeiro sob o aspecto probatório,

⁷⁵⁵ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.1, a partir do autor Ricardo Alves Bento.

⁷⁵⁶ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.2, a partir dos autores Cristian Maturana e Miquel Raül Montero Lòpez.

⁷⁵⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.4, a partir da autora Alexandra Vilela.

⁷⁵⁸ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.4, a partir do autor Joan Picó Junoy.

e um segundo como regra de tratamento, desta que resulta o tratamento de inocente ao réu durante todo o processo, o qual somente passa a ser considerado culpado por meio da sentença condenatória.

Enquanto Junoy assinala, nessa linha, que a presunção de inocência, enquanto garantia processual, possui aplicabilidade sob todos os atos dos poderes públicos, sejam de natureza administrativa ou judicial, Moreno⁷⁵⁹ também aponta duas dimensões decorrentes dessa garantia, na linha da consolidada jurisprudência do Tribunal Superior e do Tribunal Constitucional, que implicam: de um lado, no princípio da livre valoração da prova no processo penal, e, de outro, na obrigatoriedade de a sentença condenatória se fundamentar em autênticos atos de prova, cuja atividade deve se mostrar suficiente a gerar responsabilização penal e apta, portanto, a afastar a presunção que se mantém em relação ao acusado.

Também na ordem jurídica italiana a garantia da presunção de inocência assume um duplo sentido: uma regra probatória e uma regra de tratamento⁷⁶⁰, e, nesse viés, enquanto esta última acepção, explica Tonini⁷⁶¹, implica na proibição de o réu ser considerado culpado até a sentença final - não se podendo, portanto, antecipar a pena, permitindo-se apenas a aplicação de medidas cautelares em seu desfavor -; a regra probatória, por sua vez, isenta o acusado da produção de qualquer prova, cujo ônus recai sobre a parte que o acusa.

Essa dupla acepção do princípio também é reconhecida por Ferrajoli⁷⁶², ainda que sob a crítica de sua banalização e enfraquecimento de seus sentidos, registrando, esse autor, a consequência da exclusão ou restrição, ao máximo, da limitação da liberdade pessoal do réu.

Giacomolli⁷⁶³ também refere que, como decorrência da garantia da presunção de inocência, a regra é a manutenção da liberdade do cidadão, com a previsão de remédios jurídicos no texto constitucional, de modo que, embora se

⁷⁵⁹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.4, a partir do autor Faustino Cordón Moreno.

⁷⁶⁰ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.3.

⁷⁶¹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.3, a partir do autor Paolo Tonini.

⁷⁶² Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.3, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁷⁶³ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.3, a partir do autor Nereu Giacomolli.

admita a prisão processual, esta não representa uma antecipação dos efeitos da condenação.

A respeito, importante destaque também merece a lição de Cordero⁷⁶⁴, que, ao tratar dos dois sentidos em que o princípio opera – sendo, um deles, a imposição do ônus da prova à acusação –, refere, quanto ao segundo, o sentido da proibição de o acusado ser submetido à aplicação de uma pena antecipada, cujas regras têm como consequência a invalidade de determinados institutos, como a segregação automática, independentemente da concreta necessidade e precaução e o tempo demasiadamente longo de custódia.

Por fim, denota-se mesma acepção quanto ao conteúdo da garantia da presunção de inocência no ordenamento jurídico português, onde, elevado à categoria de direito fundamental, realiza-se, segundo Patrício⁷⁶⁵, sob a acepção em matéria de prova – apresentando relação com o *in dubio pro reo* –, e também como regra de tratamento a ser conferido ao réu.

Além de já ter significado, nessa ordem jurídica, uma limitação contra os abusos cometidos, representa, na atualidade, nas palavras de Miranda e Medeiros⁷⁶⁶, um ato de fé nos valores éticos da pessoa, próprio de uma sociedade livre e democrática, de modo que, também para Canotilho e Moreira⁷⁶⁷, dentre as implicações observadas, decorre a proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares.

Verifica-se, assim, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, à unanimidade, a coexistência das duas principais acepções que assume a garantia da presunção de inocência – de regra de tratamento e de regra de juízo – as quais, em linhas gerais, complementam-se.

Denota-se, ainda, e sem qualquer dúvida, que eles também apontam para a coexistência da garantia com a aplicação de medidas cautelares – inclusive medidas cautelares de restrição de liberdade (prisão processual) –, possuindo, ainda, a

⁷⁶⁴ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2, a partir do autor Franco Cordero.

⁷⁶⁵ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.5, a partir do autor Rui Patrício.

⁷⁶⁶ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.5, a partir dos autores Jorge Miranda e Rui Medeiros.

⁷⁶⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.5, a partir dos autores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira.

acepção enquanto regra de tratamento, incidência direta e clara quanto à consequente impossibilidade de, em razão do tratamento de inocente a ser conferido ao réu, até o termo final da garantia do estado de inocência, admitir-se a imposição da restrição da liberdade (prisão) como medida antecipatória de pena.

A proibição de uma antecipação de pena anteriormente ao trânsito em julgado da decisão final condenatória, portanto, decorre da garantia da presunção de inocência, sendo amplamente reconhecida nessas ordens jurídicas internacionais, possuindo, do mesmo modo, implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste, como visto, estando a garantia da presunção de inocência assegurada constitucionalmente, enquanto direito fundamental, e reconhecido enquanto norma-regra jurídica, a doutrina também aponta para as suas diferentes dimensões.

Assenta-se, em linhas gerais, três diferentes dimensões da garantia - acima mencionadas -, seguindo, as duas principais, as acepções da doutrina estrangeira, quais sejam, de dimensão de regra de juízo e de dimensão de regra de tratamento⁷⁶⁸.

Sob a ótica da dimensão referida como regra de tratamento propriamente dita, cuja principal implicação reflete sobre o estado de liberdade do réu até que se opere o trânsito da sentença penal condenatória, dada a sua convivência com a possibilidade de aplicação de medidas cautelares - e, conseqüentemente, de restrição da liberdade do réu em caso de prisão preventiva -, também a doutrina processual penal brasileira – na linha dos ordenamentos jurídicos estrangeiros citados – destaca a impossibilidade de a prisão cautelar, nesses casos, configurar qualquer espécie de antecipação de pena, sob pena de afronta à garantia da presunção de inocência.

Nessa linha, Aury Lopes Júnior⁷⁶⁹ refere as três principais manifestações integradoras da garantia da presunção de inocência – decorrentes do disposto no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão –, quais sejam: enquanto princípio fundamento do processo penal, como postulado relacionado ao tratamento do imputado, e como regra dirigida ao âmbito probatório; estas que implicam nas três principais manifestações da garantia do estado de inocência: a) norma probatória, pois

⁷⁶⁸ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.

⁷⁶⁹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

impõe uma atribuição de carga probatória ao acusador; b) norma de tratamento, esta que exige que o réu seja tratado como inocente e se subdivide em duas dimensões (interna e externa ao processo); e c) norma de julgamento, cuja atuação se realiza no âmbito de suficiente probatória⁷⁷⁰.

Badaró⁷⁷¹, também enfatizando os três enfoques, enquanto garantia política, reconhece-o como princípio basilar do processo penal; como regra de julgamento em caso de dúvida (acepção esta que se confunde com o *in dubio pro reo*); e como regra de tratamento ao acusado ao longo do processo, esta que impede o tratamento como se culpado fosse, cuja implicação clara constitui a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias, bem como a proibição de execução antecipada – ou provisória – da sanção penal.

Sob a ótica da acepção da regra de tratamento propriamente dita, a ser conferida ao réu, como inocente, até que se opere o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, Aury Lopes Júnior⁷⁷² assenta uma dimensão externa ao processo, que implica em limitações relativas à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado - este que deve ser tratado como inocente -, e em uma dimensão interna, da qual decorre a obrigação relativa ao tratamento que deve ser concedido ao acusado – como inocente –, e a impossibilidade de proceder com excessos na utilização das medidas cautelares.

É esta a dimensão, portanto, que implica em severas restrições ao abuso de utilizações de prisões e outras medidas cautelares, cuja finalidade única é a garantia do normal desenvolvimento do processo e, por conseguinte, a eficácia na aplicação do poder de punir⁷⁷³.

Como consequência, portanto, desde a fase investigativa até a fase recursal, mostra-se possível a prisão do investigado ou réu, desde que estejam presentes os requisitos atrelados à cautelaridade, quais sejam, os requisitos da prisão preventiva, esta que não se confunde com a prisão decorrente de uma execução

⁷⁷⁰ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

⁷⁷¹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁷² Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

⁷⁷³ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior

antecipada da pena, ou seja, imposta em razão de um julgamento proferido em segunda instância e que ainda não tenha transitado em julgado⁷⁷⁴.

Badaró⁷⁷⁵, na mesma linha, assentando para a acepção da norma enquanto regra de tratamento, destaca a proibição de o réu, ao longo do processo, ser tratado ou considerado como culpado. O que implica, por conseguinte, a vedação de imposição de prisões automáticas ou obrigatórias – e também a execução antecipada ou provisória da pena⁷⁷⁶ –, o que não significa, de outro norte, a vedação de prisões de natureza cautelar, ou seja, fundadas em um concreto juízo de necessidade ou de periculosidade.

Pacelli⁷⁷⁷, também destacando as duas implicações decorrentes da norma-regra da presunção de inocência – regra de tratamento e regra de cunho probatório –, assenta, sob o aspecto desta última, a proibição de qualquer prisão, anteriormente ao trânsito em julgado, que não esteja atrelada a um fundamento cautelar, ou seja, fundamentada em razões de extrema necessidade, atreladas à efetividade do processo e/ou da jurisdição penal.

Não restam dúvidas, portanto, de que o conteúdo e forma assumido pela garantia da presunção de inocência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, assegura as mesmas implicações e contornos dessa norma na ordem estrangeira – quiçá, com uma garantia até mais ampla, pois exige a ocorrência do trânsito em julgado como termo final –, impedindo, desta forma, qualquer imposição de prisão que esteja desprovida dos requisitos cautelares.

Daí que, nas palavras de Pacelli⁷⁷⁸, na ordem processual constitucional brasileira, toda prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória deve ser considerada provisória, cujo sentido implica em não ser considerada uma prisão pena, e deve ser considerada cautelar, ou seja, possui fundação de acautelamento, de instrumentalidade de determinados interesses de ordem pública.

⁷⁷⁴ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

⁷⁷⁵ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁷⁶ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁷⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Eugênio Pacelli de Oliveira.

⁷⁷⁸ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3, a partir do autor Eugênio Pacelli de Oliveira.

Logo, tem-se que para a imposição de prisão qualquer anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, exige-se que essa medida esteja pautada na necessidade e na indispensabilidade de tal providência – como medida, portanto, acautelatória –, atendendo a relevante e específica finalidade, cuja medida somente pode assumir, consoante se verificará no item seguinte, os contornos de uma prisão processual.

E, frisa-se, essa é a linha adotada pela atual redação do art. 283 do Código de Processo Penal, que, em consonância com as determinações constitucionais da presunção de inocência, exige que toda prisão anteriormente ao trânsito em julgado, possua natureza cautelar, e que seja determinada mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade competente⁷⁷⁹.

Também é a redação conferida ao art. 313, § 2º, do Código de Processo Penal, primeira parte, que prevê a inadmissibilidade da decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação ou cumprimento de pena.

Assim, na linha do entendimento até então exposto, como decorrência da garantia do estado de inocência, não se mostra possível qualquer prisão que implique em execução antecipada da pena, ou seja, anteriormente ao trânsito em julgado, caso não detenha os requisitos cautelares.

Nota-se, o termo que delimita essa questão é o trânsito em julgado, este que, como visto, não permite modificações ou manipulações legais. Nesse viés, denota-se que no ordenamento jurídico brasileiro sua noção está atrelada ao esgotamento das vias recursais, ou seja, das vias ordinárias e também extraordinárias, pois definido como o momento em que não mais caiba qualquer recurso⁷⁸⁰.

Assim, ainda que os recursos especial e extraordinário, conforme verificado, não gozem de efeito suspensivo, a proteção da coisa julgada, conforme assegurada na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 6º), e que confere imutabilidade à decisão penal condenatória, exige o esgotamento dessas vias,

⁷⁷⁹ Conforme abordado no Capítulo 2, Item 2.3, a partir do autor Eugênio Pacelli de Oliveira.

⁷⁸⁰ Conforme abordado no Capítulo 2, Item 2.3.1.

e, nesse viés, somente após o esgotamento de todas as vias recursais, opera-se a imutabilidade da decisão.

Diversamente, contudo, é o tratamento da matéria no ordenamento jurídico português⁷⁸¹, cujo destaque aqui é considerado especialmente por esse ordenamento também prever o termo final do trânsito em julgado para a cessão da presunção de inocência, termo este que, todavia, realiza-se em momento distinto.

Nessa linha, embora o ordenamento jurídico luso adote o termo final para a garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, verifica-se que esse ordenamento jurídico não prevê a obrigatoriedade da realização do duplo grau de jurisdição e, aliado a essa questão, verifica-se que a conceituação da noção de trânsito em julgado está atrelada ao momento em que a decisão não seja mais suscetível de recurso ordinário ou de reclamação⁷⁸².

Logo, os recurso em matéria extraordinária, nessa ordem jurídica, acabam assumindo natureza rescisória, e, nesse viés, ainda que a garantia constitucional da presunção de inocência esteja assegurada de modo bastante similar àquela prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, no âmbito da estrutura constitucional recursal e também do direito processual penal, acabam recebendo tratamento distinto, possibilitando-se, no ordenamento jurídico luso, que a execução definitiva da sentença penal condenatória se realize logo após o esgotamento das vias ordinárias, respeitando-se a garantia da presunção de inocência.

4.4 A PRISÃO DECORRENTE DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DAS ESPÉCIES PRISÃO CAUTELAR E PRISÃO PENA

Observou-se que da garantia insculpida no art. 5º, LVII, da CRFB/88, enquanto norma de direito fundamental, e também da sua forma e conteúdo assumidos no ordenamento jurídico brasileiro, decorrem importantes implicações no direito processual penal.

⁷⁸¹ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.2.5.1.

⁷⁸² Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2.1.

Atualmente, e especialmente a partir da recente alteração legislativa realizada pela Lei n. 13.964/2019⁷⁸³,⁷⁸⁴, verifica-se que a normatização conferida ao art. 283 do Código de Processo Penal encontra-se em consonância com a norma-regra da presunção de inocência, possibilitando, referido artigo, basicamente duas espécies de prisões: prisão cautelar e prisão pena.

A primeira, que, consoante assinala Ferrajoli⁷⁸⁵, possui estreita ligação com a garantia do estado de inocência, tem como principal e destacada modalidade a prisão preventiva - notadamente por se tratar da única modalidade de prisão cautelar que pode ser aplicada na fase processual⁷⁸⁶ -, cuja cautelaridade, nas palavras de Pacelli⁷⁸⁷, assenta-se na tutela da persecução penal e tem como objetivo impedir eventuais condutas praticadas pelo réu e que possam colocar em risco a efetividade da investigação ou do processo.

Trata-se, a prisão preventiva, de uma espécie de prisão que, por possuir natureza cautelar, possui caráter instrumental, ou seja, que tem como finalidade assegurar a eficácia do provimento final⁷⁸⁸.

Nas palavras de Roxin⁷⁸⁹, a prisão preventiva propriamente dita possui a finalidade de assegurar o processo de conhecimento ou a futura execução da pena, de modo que sua aplicação - medida e limites - deve se restringir ao estritamente necessário, como decorrência do princípio constitucional da proporcionalidade.

⁷⁸³ Popularmente conhecida como Lei do Pacote Anticrime.

⁷⁸⁴ Cumpre mencionar a existência do Projeto de Lei do Senado Federal n. 166, de 2018, que pretende a modificação do art. 283 do CPP para possibilitar a prisão decorrente de um juízo de culpabilidade, que poderá ocorrer a partir da condenação em segundo grau, em instância única ou recursal. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 166/2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715945&ts=1594016387782&disposition=inline>. Acesso em: 31 ago. 2020.

⁷⁸⁵ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁷⁸⁶ Conforme abordado no Capítulo 3, itens 3.1.1 e 3.1.1.1, a prisão em flagrante delito assume natureza de pré-cautela, compreendendo, a categoria prisão cautelar, duas modalidades de prisão: a prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/89, cujas hipóteses se restringem ao momento da fase investigativa, e a prisão preventiva, esta que implica em um instituto de maior amplitude, com possibilidade de sua decretação desde a fase investigativa até a fase recursal – mas sempre momento anterior ao trânsito em julgado.

⁷⁸⁷ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1.3, a partir do autor Eugênio Pacelli de Oliveira.

⁷⁸⁸ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁸⁹ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1.3, a partir do autor Claus Roxin.

Badaró⁷⁹⁰ destaca, nessa linha, importante distinção, no sentido de que a natureza cautelar assumida pela prisão cautelar (e aqui compreendida a prisão preventiva) – enquanto medida que objetiva garantir o resultado útil do processo –, não se confunde com a natureza de qualquer espécie de antecipação de tutela.

É que embora ambas detenham caráter provisório e, de alguma forma, busquem amenizar os males decorrentes da demora processual, denota-se importante e notável distinção em suas finalidades. Com efeito, enquanto a tutela cautelar tem por finalidade assegurar o resultado útil de um provimento jurisdicional futuro, a tutela antecipada, ao revés, tem como finalidade antecipar os efeitos, totais ou parciais, da tutela a ser proferida.

Assim, na linha do elucidado pelo autor, no âmbito do direito processual penal, em face da expressa consagração do princípio da presunção de inocência na Constituição Federal de 1988, somente se mostram possíveis e compatíveis com esse princípio as medidas de caráter conservativo – cautelares –, sendo constitucionalmente ilegítima qualquer medida que tenha por finalidade antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal, ainda que em caráter provisório⁷⁹¹.

Além disso, tendo a prisão preventiva como base a cautelaridade, exige como requisito e fundamento, respectivamente - consoante destacado por Aury Lopes Júnior⁷⁹² -, o *fumus commissi delicti*, compreendido como a probabilidade da ocorrência de um delito, o qual consiste na prova da materialidade e nos indícios suficientes de autoria, e o *periculum in mora*, cujo risco relaciona-se ligação com eventual situação de perigo criada pela conduta do réu, podendo ser um risco de frustração do processo, de resultar graves prejuízos ao processo, ou mesmo quanto ao normal desenvolvimento deste.

Norteadas, ainda, pelo princípio da legalidade – referido por Badaró⁷⁹³ como um requisito aplicável às medidas cautelares em geral –, e da taxatividade das medidas cautelares pessoais, significa que as prisões cautelares são exclusivamente aquelas previstas em lei e nas restritas hipóteses que a lei as autoriza – no caso,

⁷⁹⁰ Conforme abordado no Capítulo 3, Item 3.1.1, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁹¹ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1, a partir do autor Gustavo Badaró.

⁷⁹² Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1.3, a partir do autor Aury Lopes Júnior.

⁷⁹³ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1, a partir do autor Gustavo Badaró.

consoante os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal –, ou seja, não há possibilidade de se inovar processualmente em matéria de prisão processual, seja quanto à prisão preventiva ou à prisão cautelar.

No tocante à espécie prisão pena, por sua vez, esta compreende a privação da liberdade que se realiza após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que objetiva o cumprimento da pena propriamente dito, ou seja, o alcance e a efetivação das finalidades e funções que lhe são próprias, o qual se realiza, no ordenamento jurídico brasileiro, na forma e de acordo com a Lei de Execução Penal⁷⁹⁴.

A partir das teorias estudadas, estas que buscam compreender a função e finalidade da pena – ou prisão pena –, tem-se que a justificação da pena e o fim por ela a ser alcançado, pode estar pautado:

- a) de acordo com as teorias absolutas ou retribucionistas⁷⁹⁵, estas que explicam a pena como um mal a ser aplicado ao autor de um crime como forma de expiação de sua culpa;
- b) de acordo com as teorias preventivas gerais (destinadas ao coletivo, à sociedade em geral): - geral positiva, para a qual os fins preventivos objetivam o alcance de uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo⁷⁹⁶, esta que acaba apontando para outras duas acepções – unificadora e limitadora da pena⁷⁹⁷; - geral negativa, segundo a qual a pena produz um efeito intimidatório, evitando o surgimento de outros autores de crimes na sociedade⁷⁹⁸;
- c) de acordo com as teorias preventivas especiais (destinadas ao autor do delito em específico): - especial positiva: possui o papel de reeducação –

⁷⁹⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁷⁹⁵ Cujos principais defensores foram Kant e Hegel, conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁷⁹⁶ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁷⁹⁷ Conforme elucidado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt, segundo a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora a pena se revela positiva pois afirma a vigência da norma negada pela infração, enquanto pela teoria da prevenção geral positiva limitadora a pena expressa-se com o sentido de limitar o poder punitivo Estatal.

⁷⁹⁸ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Santiago Mir Puig.

ressocialização – do autor do delito⁷⁹⁹, e, nessa linha, visa a correção do sujeito que praticou o crime, de acordo com suas particulares características⁸⁰⁰; – preventiva negativa: esta que apresenta a finalidade de neutralização ou de eliminação dos impulsos criminais afetos ao autor do delito⁸⁰¹, o que faz por meio da segregação (prisão) e do consequente afastamento do convívio em sociedade⁸⁰²;

- d) de acordo com as teorias mistas ou unificadoras: para as quais, a partir de uma marcante diferença entre fundamento e finalidade da prisão pena⁸⁰³, a sanção penal passa a ter como fundamento o delito, integrando, quanto às finalidades da pena, as ideias de retribuição e as ideias de prevenção. A primeira que aparece, ao lado do princípio da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas), apenas como critério a limitar a pena a ser aplicada⁸⁰⁴, enquanto as segundas resultaram em uma unificação de suas finalidades (prevenção geral e prevenção específica em uma só)⁸⁰⁵;
- e) de acordo com a teoria unificadora dialética, de Roxin: segundo a qual a finalidade da pena, em linhas gerais, destina-se a atender aos fins de prevenção especial e geral, limitada ao máximo pela culpabilidade, mas podendo ser reduzida aquém desse limite desde que se faça necessário para atender aos fins preventivos especiais – ressocialização⁸⁰⁶;
- f) de acordo com a teoria da prevenção geral positiva limitada: compreendida por Hassemer e Muñoz Conde⁸⁰⁷ como a mais moderna das teorias até então apresentadas quanto às finalidades de punição, estabelece que a prevenção geral positiva possui como principal fundamento limitar o poder do Estado, constituindo, a principal finalidade da pena, a prevenção geral – em ambos os sentidos, intimidadores e limitadores –, agregando as necessidade de

⁷⁹⁹ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁸⁰⁰ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Paulo César Busato.

⁸⁰¹ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁸⁰² Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Paulo César Busato.

⁸⁰³ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁸⁰⁴ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁸⁰⁵ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁸⁰⁶ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Claus Roxin.

⁸⁰⁷ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir dos autores Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde.

prevenção especial no tocante à ressocialização do autor do delito, cujo processo implica na relação entre indivíduo e sociedade^{808,809};

- g) de acordo com a teoria agnóstica da pena, de Nilo Batista e Zaffaroni: esta que reconhece a deslegitimação do sistema penal e propõe um conceito agnóstico que, assim se denomina, quanto ao papel da pena - pois parte de sua ignorância⁸¹⁰; assenta a pena como um ato político – ato de poder – e não um instituto jurídico⁸¹¹; e adota um posicionamento no sentido da negação dos institutos de direito penal até então propostos, com destaque à impossibilidade de se falar em uma única teoria da pena, desenvolvendo, nesse viés, toda a interpretação do direito penal à margem desta⁸¹².

Na linha das teorias propostas, tem-se, portanto, uma distinção bastante clara quanto à natureza, função e finalidades dos institutos jurídicos prisão cautelar e prisão pena, cujo marco que os segrega é o mesmo que põe termo à garantia da presunção de inocência, qual seja, o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por trânsito em julgado – ou coisa julgada – compreende-se a decisão da qual não mais caiba recurso⁸¹³, na forma do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸¹⁴, e observa-se que, até este momento, em razão da garantia da presunção de inocência, a única espécie de prisão cabível é a modalidade prisão cautelar.

Nessa linha, ainda que verifique uma lacuna legislativa entre o esgotamento das vias recursais ordinárias e o trânsito em julgado do julgamento dos

⁸⁰⁸ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Cezar Roberto Bitencourt.

⁸⁰⁹ Segundo Hassemer e Muñoz Conde, não se consubstancia em uma determinação absoluta das finalidades da pena, como também não possui natureza de uma teoria relativa da punição, travando conceitos amplos de eficácia ou efetividade e de outras ideias sobre a justificação da pena. Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2.

⁸¹⁰ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir dos autores Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar.

⁸¹¹ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir dos autores Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar.

⁸¹² Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir dos autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli.

⁸¹³ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2.1.

⁸¹⁴ “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

recursos de natureza extraordinária – estes que não detém, como regra, efeito suspensivo –, observa-se todas as implicações decorrentes da norma-regra de direito fundamental da presunção de inocência, a partir da previsão constitucional do art. 5º, LVII, da CFBR/88, possuem plena aplicabilidade, direta e imediata, no âmbito do direito processual penal, cuja cessação realiza-se somente com a ocorrência da coisa julgada.

É que, assegurando o texto constitucional, além dos recursos ordinários previstos na legislação processual infraconstitucional, os recursos denominados extraordinários, estes que compreendem o recurso especial - de competência do Superior Tribunal de Justiça -, e o recurso extraordinário - afeto ao Supremo Tribunal Federal – , ambas as espécies recursais que não são dotadas do efeito recursal suspensivo –, estes constituem modalidades impeditivas do trânsito em julgado, vigendo, até este momento, a garantia da presunção de inocência⁸¹⁵.

Logo, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a norma-regra de direito fundamental da presunção de inocência produz seus efeitos – inexistindo exceções –, e, nesse viés, enquanto regra de tratamento a ser conferido ao acusado, possibilita a privação da liberdade deste sob a forma única e exclusiva de prisão cautelar.

Visto que toda e qualquer prisão anteriormente ao marco do trânsito em julgado exige o requisito da cautelaridade - ou seja, exclusivamente para garantir os fins da proteção da persecução penal, e quando essa se apresentar como a única maneira de assegurar tal necessidade – está sujeita, portanto, aos requisitos do art. 283 do CPP, e, ainda, à vedação contida no art. 313, § 2º, do CPP.

Inexiste a possibilidade, portanto, de, anteriormente ao trânsito em julgado, a privação da liberdade do indivíduo ocorrer com a finalidade de prisão pena, esta que

⁸¹⁵ Cumpre mencionar a existência da Proposta de Emenda à Constituição n. 199/2019, na Câmara dos Deputados, que pretende alterar os arts. 102 e 105 da Constituição, a fim de transformar os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=86BA370841FF441DB0958A401132BED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1835285&filename=PEC+199/2019. Acesso em: 31 ago. 2020.

exige como pressuposto uma condenação definitiva, realizando-se, seu cumprimento e finalidades, na forma e de acordo com a Lei de Execução Penal.

Cumprе frisar que, nessa linha, é a disposição do art. 105 da Lei de Execução Penal, que exige o trânsito em julgado da sentença para a ordenação e expedição da guia de recolhimento para a execução da pena⁸¹⁶, e também do art. 1º, segundo o qual “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”⁸¹⁷⁻⁸¹⁸.

Registra-se que embora o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal⁸¹⁹, no título que trata do objeto e âmbito de aplicação da lei, possibilite a aplicação dessa legislação ao preso provisório já condenado, não retira a natureza cautelar dessa espécie de privação de liberdade, conduzindo-a ou modificando-a para a espécie prisão pena, mas apenas possibilita ao preso-cautelar que já possua condenação pendente de trânsito em julgado, beneficiar-se dos institutos da lei, a exemplo do benefício da progressão de regime, dentre outros.

Assim, diante da inexistência de outra espécie de prisão, anteriormente ao trânsito em julgado, que não a prisão cautelar – esta que, no âmbito da condenação em segunda instância, somente pode assumir a forma da prisão preventiva –, denota-se a expressa impossibilidade de aplicação da prisão que tenha como base unicamente uma condenação proferida em segundo grau de jurisdição⁸²⁰, esta que necessariamente assume a espécie prisão pena, e, por isso, somente pode ser

⁸¹⁶ “Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁸¹⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁸¹⁸ Disposição que revela, consoante assentado por Chaves Júnior, a adoção da teoria da prevenção especial positiva. Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.2, a partir do autor Airto Chaves Júnior.

⁸¹⁹ “Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”. BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁸²⁰ Desprovida, no caso, do requisito e fundamento cautelar, conforme dispõe os arts. 312 e 313 do CPP. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

executada, na busca da realização de seus fins, após a ocorrência do trânsito em julgado – de acordo com a Lei de Execução Penal, portanto, quando não mais for aplicável ao acusado a garantia do estado de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou de investigar, à luz da teoria dos direitos fundamentais, a garantia da presunção de inocência e a execução provisória da pena em processo penal, perquirindo-se sobre a compatibilidade, ou não, desses institutos jurídicos.

Nasceu, portanto, com o objetivo primordial de verificar, à luz da teoria dos direitos fundamentais, a compatibilidade jurídica, ou não, da execução provisória da pena em processo penal, após a condenação em segundo grau de jurisdição, frente ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, utilizando como paradigma o direito estrangeiro, com especial enfoque no ordenamento jurídico português.

Realizou-se, para tanto, no primeiro capítulo, um aprofundado estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais, passando-se pela compreensão acerca de seus conceitos, evolução e aspectos históricos, com especial enfoque na investigação sobre a normatização e materialização desses direitos, à luz da teoria normativa de Robert Alexy. Adentrou-se, ainda, no estudo das espécies normativas norma-regra e norma-princípio, suas características e distinções, percorrendo-se, por fim, as implicações dos direitos fundamentais sob a ótica da esfera do não-decidível.

Perscrutou-se sobre a garantia da presunção de inocência e sua evolução histórica, desde sua origem à incorporação nos ordenamentos jurídicos internacionais, e também na ordem interna brasileira, no período pós-Segunda Guerra Mundial. Buscou-se seu conteúdo e forma nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, desde os países latino-americanos, Argentina e Chile, ao continente europeu, Itália, Espanha e Portugal, conferindo-se especial enfoque ao tratamento conferido ao princípio no direito luso. Buscou-se a compreensão do princípio e sua amplitude, de forma destacada, na ordem interna brasileira, desde suas implicações constitucionais e no direito processual penal, tendo se conferido especial atenção à categoria trânsito em julgado, este que expressa o termo final para a garantia individual da presunção de inocência.

Além disso, foram examinadas as espécies de prisões no direito brasileiro, quais sejam, a prisão cautelar e a prisão pena. Adentrou-se na análise do conteúdo,

limites e forma das prisões cautelares, aprofundando-se o estudo de sua principal modalidade, a prisão preventiva. Aprofundou-se a compreensão sobre as diversas teorias justificadoras da pena, desde as teorias absolutas (em Kant e em Hegel), passando pelas teorias relativas e mistas, às mais modernas, como a teoria dialética de Roxin e a teoria agnóstica da pena (de Nilo Batista e Zaffaroni), analisando-se suas finalidades, cujo estudo possibilitou compreender o conteúdo e finalidade que assume essa modalidade de prisão, relacionando ela, ao final, com a prisão pena no direito brasileiro.

Derradeiramente, apresentou-se o último capítulo com uma reflexão sobre os estudos realizados, tendo como ponto de partida o objetivo proposto. Fez-se uma análise da garantia da presunção de inocência, inserida no texto constitucional brasileiro, à luz da teoria dos direitos fundamentais, compreendendo-se as implicações que essa categorização confere à norma. Analisou-se o conteúdo na norma inserida no art. 5º, LVIII, da CRFB/88, a partir da teoria normativa de Alexy, do que resultou a compreensão de sua natureza enquanto norma-regra jurídica. Examinou-se o conteúdo e forma que o direito fundamental da presunção de inocência assume no ordenamento processual penal brasileiro, à luz dos ordenamentos jurídicos estrangeiros e do paradigma português, e explorou-se, em última análise, a natureza que assume a prisão decorrente da condenação em segunda instância à luz das espécies prisão cautelar e prisão pena, cujo resultado apontou para a expressa impossibilidade jurídico-normativa de aplicação de uma modalidade de prisão que tenha como base unicamente uma condenação proferida em segundo grau de jurisdição, desprovida de requisito cautelar, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório.

Nesse viés, em resgate ao problema de pesquisa, tem-se que este se consubstanciou na seguinte indagação: A execução provisória da pena em processo penal, após a condenação em segundo grau de jurisdição, é compatível, à luz da teoria dos direitos fundamentais, com o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil?

Analisando-se as duas premissas e a hipótese inicialmente levantadas, à luz dos estudos realizados, observa-se que a primeira premissa, consistente na afirmação de que a garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no art.

5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto direito fundamental e de acordo com a teoria normativa de Robert Alexy⁸²¹, assumiria a natureza jurídica de norma-princípio - e, nesse viés, seria passível de ponderação e de limitação em face de outros direitos fundamentais – restou falseada.

Viu-se que a materialização das normas de direito fundamental realiza-se ou por meio de normas-regras ou por meio de normas-princípios, e, analisados os contornos teóricos traçados por Alexy - cuja tese aponta para uma distinção entre essas duas espécies normativas com base no alto grau de generalidade que envolve os princípios em detrimento das regras, e na distinção qualitativa entre ambas -, como também as características distintivas enumeradas por Canotilho – que também traça uma distinção qualitativa –, denota-se que a materialização da garantia da presunção de inocência, inserida no art. 5º, LVII, da CRFB/88, realiza-se sob o conteúdo de norma-regra.

Com efeito, sob a ótica da teoria de Alexy, verificou-se se tratar de uma norma dotada de precisão ou especialidade, que detém elevado grau de profundidade em seu conteúdo – e não de um elevado grau de generalidade. Constatou-se que apresenta um sentido bastante claro, de que todo indivíduo é presumidamente inocente até que se obtenha uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, com três implicações bastante delimitadas no campo no direito processual penal, sob a forma de regra de tratamento, de regra probatória e de regra de juízo.

Também sob a acepção da distinção qualitativa e do caráter *prima facie* que diferenciam as normas-regras e as normas-princípios – citados por Alexy –, constatou-se que o conteúdo da presunção de inocência assume a natureza jurídica de norma-regra. Sob o aspecto da distinção qualitativa, observou-se que a garantia do estado de inocência, enquanto direito fundamental e norma norteadora do processo penal, não pode ser dosada ou ponderada, nem ser satisfeita em graus variados, como são os princípios, estes que se constituem em mandamentos de otimização. Observou-se que, embora a garantia constitucional possua sentidos distintos a serem implementados sob diferentes enfoques, estes não implicam em satisfação da garantia em graus variados, estando previamente determinado o âmbito de aplicação

⁸²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador: Malheiros, 2012.

e realização da norma do estado de inocência.

Além disso, observou-se que a aplicabilidade da garantia da presunção de inocência não depende, no caso concreto, de qualquer conflito entre regras ou colisão entre princípios, cuidando-se de uma norma que deve ser satisfeita exatamente naquilo em que ela prevê - por essa garantia constitucional, todo réu deve ser considerado presumidamente inocente, até o trânsito em julgado da decisão condenatória -, devendo essa norma, porquanto válida, ser aplicada exatamente naquilo que ela prevê, nem mais, nem menos.

Sob o aspecto do distinto caráter *prima facie*, citado por Alexy⁸²², do mesmo modo, apurou-se que a norma constitucional do estado de inocência constitui, por si mesma, um mandamento definitivo, já que ordena algo a ser realizado e possui uma determinação quanto à extensão do conteúdo normatizado, ou seja, determina que se presuma inocente toda pessoa acusada, até que ocorra o trânsito em julgado da sentença condenatória. Que sua realização, portanto, deve ocorrer na forma exatamente prevista, não havendo espaços para sua aplicabilidade na dimensão do peso ou importância, ou de uma ponderação, como requer a aplicação dos princípios, os quais se realizam dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, na maior medida possível.

Do mesmo modo, em relação às características distintivas traçadas por Canotilho⁸²³, constatou-se que a norma constitucional do estado de inocência não evidencia um elevado grau de abstração, e um reduzido grau de determinabilidade, condizentes com os princípios. Que embora assuma papel de destaque a nortear o direito processual penal, o que decorre especialmente de sua normatização enquanto direito fundamental, seu conteúdo é de caráter funcional, e não de uma norma estruturante do sistema ou de um modelo juridicamente vinculante consolidado na exigência de justiça. E, na linha da distinção qualitativa traçada por esse autor, apontou-se que o conteúdo material da presunção do estado de inocência encontra-se bastante claro e delimitado quanto a sua extensão e alcance, não possibilitando um juízo de ponderação para sua incidência, apresentando-se incompatível com vários graus de concretização, exigindo-se que seu cumprimento ocorra nos exatos

⁸²² Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.2, a partir do autor Robert Alexy.

⁸²³ Conforme abordado no Capítulo 1, item 1.3.1, a partir do autor J.J. Gomes Canotilho.

termos prescritos. Que sua satisfação, portanto, ocorre no campo da validade, não dependendo de qualquer outra situação para sua concretização, realizando-se, assim, segundo a classe norma-regra, sob a ótica do tudo ou nada, sem que haja margens normativo-constitucionais para dosagens ou interpretações.

O estudo apontou, nessa linha, que o dispositivo constitucional inserido no art. 5º, LVII, da CRFB/88, embora comumente denominado e referido enquanto princípio, assume a natureza de norma-regra jurídica de direito fundamental, o que implica no falseamento da hipótese acima citada.

Em relação à segunda premissa, delineada na afirmação de que a estrutura do ordenamento jurídico no Processo Penal Brasileiro impede que cesse em absoluto a presunção de inocência em favor do acusado, mesmo quando proferida condenação em segundo grau de jurisdição, o que difere consideravelmente do ordenamento jurídico estrangeiro, notadamente do direito português, tem-se que essa restou confirmada.

Verificou-se que, diferentemente da normatização da garantia em diplomas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (1950), e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros⁸²⁴, os quais asseguram, em linhas gerais, a presunção de inocência do réu até a prova da culpa ou da culpabilidade⁸²⁵, que o ordenamento jurídico brasileiro – na mesma linha das redações conferidas ao princípio na Itália e também em Portugal⁸²⁶ – condicionou o termo final do estado de inocência ao trânsito em julgado da decisão condenatória, e, nesse viés, acabou por conferir maior amplitude à garantia constitucional⁸²⁷, impedindo, por conseguinte, que, até este momento cesse a presunção de inocência em favor do acusado.

Nessa linha, e considerando que a noção de trânsito em julgado, na ordem jurídica brasileira, compreende a decisão da qual não mais caiba qualquer recurso⁸²⁸,

⁸²⁴ Conforme Capítulo 4, item 4.2.

⁸²⁵ Aqui compreendida como a responsabilidade penal do réu.

⁸²⁶ Conforme abordado no Capítulo 2.

⁸²⁷ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.1, a partir dos autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigue Alencar.

⁸²⁸ Conforme abordado no Capítulo 2, item 2.3.2.1.

na forma do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸²⁹, tem-se que a cessação da garantia depende do esgotamento da esfera recursal como um todo, não havendo qualquer vinculação deste com o esgotamento das vias recursais ordinárias.

Nesse mesmo viés, apontou-se que a estrutura recursal da CRFB/88 assegura a garantia do duplo grau de jurisdição, e que, mesmo após o esgotamento das vias recursais ordinárias – até, portanto, o segundo grau de jurisdição –, ainda que não mais seja possível, em tese, rediscutir a matéria probatória, o texto constitucional assegura a interposição de recursos de natureza extraordinária – recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal –, estes que impedem o trânsito em julgado da decisão.

Verificou-se, contudo, que distintamente é o tratamento conferido à matéria no ordenamento jurídico constitucional e processual penal português, este que, embora confira similar redação à garantia da presunção de inocência, também a condicionando ao termo final do trânsito em julgado, possui uma estrutura recursal distinta, e, nesse viés, além de não ter assegurado a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição⁸³⁰, confere natureza rescisória às espécies de recursos extraordinários – os quais, como visto, recaem sobre as decisões já transitadas em julgado, com o objetivo de reparação de um erro ou equívoco judiciário⁸³¹ - possuindo, a noção de trânsito em julgado, relação com a decisão não mais seja suscetível de recurso ordinário ou de reclamação⁸³².

Das constatações apontadas, nesse viés, tem-se que a hipótese restou confirmada pois, tomando-se como paradigma o ordenamento jurídico de Portugal tem-se que, ainda que em ambos os ordenamentos jurídicos – brasileiro e português

⁸²⁹ “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 3º. *Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”. BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2018. Grifo nosso.

⁸³⁰ Conforme Capítulo 2, item 2.2.5.1.

⁸³¹ Subdividem-se em recurso de revisão e em recurso para fixação da jurisprudência, previstos, respectivamente, nos arts. 449 e 437 do Código de Processo Penal português. PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 31 ago. 2020.

⁸³² Conforme art. 628, do Código de Processo Civil português. PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>. Acesso em: 01 set. 2020.

– a garantia da presunção de inocência esteja assegurada de maneira bastante similar - tendo como termo final o trânsito em julgado da decisão -, por possuírem estruturas recursais diversas e também diferentes momentos para a ocorrência do trânsito em julgado, não se verifica, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer possibilidade de cessar a garantia da presunção de inocência que milita em favor do réu – e, conseqüentemente, de suas implicações enquanto regra de tratamento, regra de juízo e regra probatória –, anteriormente à ocorrência do termo do trânsito em julgado da decisão penal.

No tocante à hipótese levantada, consistente na assertiva de que a execução provisória da pena privativa de liberdade como efeito automático da condenação em segundo grau de jurisdição, no ordenamento jurídico brasileiro, é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, tal como ocorre no direito estrangeiro, notadamente no ordenamento jurídico português, tem-se que o resultado, finda a pesquisa, é pela veracidade dessa afirmação.

À luz dos ordenamentos jurídicos estrangeiros e também das doutrinas estudadas, constatou-se que, assim como no direito brasileiro, os demais ordenamentos jurídicos, inclusive o ordenamento jurídico português, conferem à garantia da presunção de inocência o sentido de regra de tratamento a ser conferido ao réu, de cuja implicação decorre a impossibilidade de, até o momento em que cesse essa garantia, a ele ser imposta uma pena de forma antecipada. Sobretudo no ordenamento jurídico português, observou-se que não se admite, sob qualquer hipótese, a execução antecipada da pena sem que tenha se operado o trânsito em julgado da decisão condenatória – este que ocorre, como visto, após o esgotamento da via recursal ordinária.

Verificou-se, ainda, que, embora se reconheça a convivência pacífica, também no Brasil, da prisão cautelar com a garantia da presunção de inocência, portanto, anteriormente ao trânsito em julgado - cuja principal modalidade, no direito brasileiro, é a prisão preventiva -, examinou-se que essa modalidade de prisão possui a finalidade exclusivamente cautelar, ou seja, de assegurar o resultado futuro da sentença para a imposição de uma prisão pena, cuja tutela (cautelar) não confunde, todavia, com uma tutela antecipada, este que objetivaria impor uma pena antecipadamente.

Constatou-se, nesse viés, que os institutos e finalidades da prisão cautelar e da prisão pena apresentam-se completamente distintos. Enquanto a primeira somente pode ser aplicada na fase processual, que antecede o trânsito em julgado, a segunda pressupõe a ocorrência deste para que se realize a privação da liberdade.

Além disso, como visto, a prisão cautelar possui natureza instrumental, com estreita ligação com a garantia do estado de inocência⁸³³, exigindo requisitos específicos – no caso da prisão preventiva, cita-se o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*⁸³⁴ –, e é norteadas pelos princípios da legalidade e da taxatividade, o que significa dizer que não pode haver outras modalidades de prisão cautelar que não aquelas expressamente previstas em lei. A prisão pena, por sua vez, objetiva o cumprimento da pena propriamente dita, ou seja, o alcance e a efetivação das finalidades e funções que lhe são próprias – de acordo com as teorias da pena estudadas –, a qual, no ordenamento jurídico brasileiro, executa-se na forma e de acordo com a Lei de Execução Penal⁸³⁵.

Verificado, assim, que a garantia da presunção de inocência, tanto no Brasil, como no direito estrangeiro - notadamente em Portugal -, impende a imposição da pena de forma antecipada e, examinado haver, no direito brasileiro, duas exclusivas formas de privação de liberdade, esta que ou deve assumir natureza cautelar – anteriormente ao trânsito em julgado - ou a natureza de prisão pena - que pressupõe o trânsito em julgado - , não se apresenta possível a forma de privação de liberdade decorrente de uma condenação proferida em segundo grau de jurisdição puramente – esta que não possui lugar dentre as modalidades de privação de liberdade.

A partir do exposto, visto que, à luz da teoria dos direitos fundamentais, a garantia da presunção de inocência, na forma constitucionalmente assegurada no art. 5º, LVII, da CRFB/88, assume a natureza jurídica de norma-regra – e não de norma-princípio –, e, bem assim, que não se mostra possível cessação dessa garantia anteriormente ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória – lapso temporal

⁸³³ Conforme abordado no Capítulo 3, item 3.1.1, a partir do autor Luigi Ferrajoli.

⁸³⁴ Faz-se referência à prisão preventiva por ser a única espécie de prisão cautelar que pode ser aplicada na fase processual, ou seja, após a fase investigativa.

⁸³⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

em que a privação da liberdade deve assumir exclusivamente natureza cautelar –, tem-se que até este momento deve-se conferir ao réu o tratamento de inocente, implicação que, sob a forma da regra de tratamento a ser conferido ao réu implica na impossibilidade de a ele ser imposta uma prisão pena de forma antecipada, sob pena de violação da norma de direito fundamental assegurada.

Embora se tenha verificado que no direito português o trânsito em julgado ocorra em momento anterior, ou seja, após o esgotamento das vias recursais ordinárias, e que no direito brasileiro a normatização exige o esgotamento das vias recursais, constatou-se que é somente com a ocorrência deste que cessa a garantia do estado de inocência e se torna possível a imposição da prisão pena – esta que, na ordem jurídica brasileira, realiza-se nos termos da Lei de Execução Penal. Como resultado, decorre que, até este momento, toda e qualquer privação de liberdade deve assumir natureza cautelar, sob pena de incompatibilidade e de violação da norma-regra de direito fundamental inserida no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Comentário do código de processo penal**: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem. 4ª ed. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução de: *Virgílio Afonso da Silva*. Salvador: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 3ª ed. São Paulo: Saraiva & Cia, 1928.

ARGENTINA. [Constituição (1994)]. **Constitucion de la Nación Argentina**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ARGENTINA. Ley Nº 23.984. **Codigo Procesal Penal**. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#2>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência**: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de: Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015. Título original: *Dei delitti e dele pene*.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no direito processual penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição do Kindle.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*. Edição do Kindle.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Tradução de: Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=86BA370841FF441DB0958A401132BED5.proposicoesWebExterno1?codteor=1835285&file=name=PEC+199/2019. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**: Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 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: 31 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Lei Prisão Temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7960.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 166/2018**. Altera o Código de Processo Penal para disciplinar a prisão após a condenação em segunda instância. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7715945&ts=1594016387782&disposition=inline>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. Edição do Kindle.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 19 reimp. Coimbra: Almedina, [2017?].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de; BRANDÃO, Nuno. Sistemas Processuais do Brasil e Portugal – Estudo Comparado. In: CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de et al (org.). **Processo penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11-69.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. E-book.

CHILE. Ley no. 19.696. **Código procesal penal**. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 09 jul. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel. Presunção da Inocência. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de et al (org.). **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais**. Vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 1069-1099.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem** [conforme as modificações introduzidas pelo Protocolo nº 14]. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 9ª ed. Milão: Giuffrè, 2012.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de->

[apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf](#). Acesso em: 15 jul. 2019.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO BOM POVO DE VIRGÍNIA. 1776. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>. Acesso em: 03 set. 2020.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 31 ago. 2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. v. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking Rights Seriously*.

FAUSTO DE QUADROS, André; GONÇALVES Pereira. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. 3ª ed. Madrid: Trotta, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução de: Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998. Título original: *Principii di diritto criminale: delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*.

FOLTER, Rolf S. Sobre la Fundamentacion Metodologica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault, por Rolf S. de Folter. In: HULSMAN, Louk H. C. *et al.* **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 57-85.

GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 440-445.

GOMES, Luiz Flávio. Título IX. *In*: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES Ivan Luiz (coord.). **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-101.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Constituição da República Italiana**. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

JUNOY, Joan Picó I. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de: Clélia Aparecida Martins (primeira parte), Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof (segunda parte). Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Ed. Universitária São Francisco, 2013. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. E-book.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (Fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 868-943.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MATURANA, Cristian; LÓPEZ, Miquel Raúl Montero. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Santiago: Abeledo-Perrot, 2010.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 5.ed. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. *E-book*.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Tomo III. Coimbra, Coimbra, 2007.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada: (Introdução Geral – Preâmbulo – Artigos 1º ao 79º)**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORENO, Faustino Córdón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Navarra: Aranzadi, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PATRICIO, Rui. **A presunção de inocência no julgamento em processo penal - alguns problemas**. Coimbra: Almedina, 2019.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 21 nov. 2018.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 78/1987, de 17 de fevereiro. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34570075/view>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34580575/view>. Acesso em: 01 set. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais: teoria geral**. Coimbra: Coimbra, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013y *E-book*.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y as derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição em perspectiva histórico-evolutiva. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 32-61.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 330-442.

SARLET, Ingo Wolfgang. Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al* (coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 183-212.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal III**. 3ª ed. Lisboa: Verbo, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180402-05.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11 ed. Milano: Giuffrè, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado** (arts. 1º a 393). v. 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado** (arts. 394 a 811). v. 2.11ª ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v.1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 14 jul. 2019.

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal: la realización penal**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral - v.1**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.