

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

RICARDO JUVENAL LIMA

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Florianópolis

2016

RICARDO JUVENAL LIMA

**A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**Monografia apresentada ao Curso de
graduação em Direito da Universidade Federal
de Santa Catarina, como requisito parcial para
a obtenção do título de bacharel em Direito.**

**Orientador: Profº Dr. Alexandre Morais da
Rosa.**

Florianópolis

2016



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Ricardo Juvenal Lima

RG: 37.440.715-0

CPF: 396.806.608-18

Matrícula: 11202667

Título do TCC: *A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro*

Orientador(a): Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

Eu, Ricardo Juvenal Lima, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 30 de junho de 2016.

Assinatura manuscrita de Ricardo Juvenal Lima, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

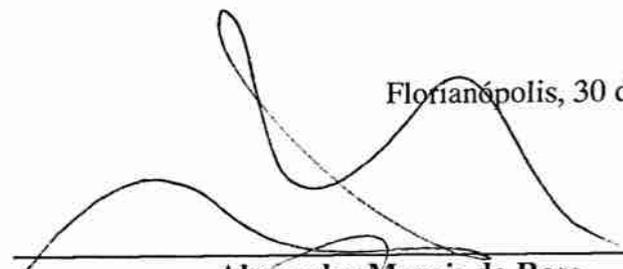
Ricardo Juvenal Lima

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

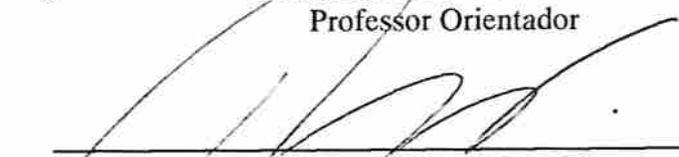
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "*A evolução histórica do Princípio da Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro*", elaborado pelo(a) acadêmico(a) Ricardo Juvenal Lima, defendido em 30/06/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

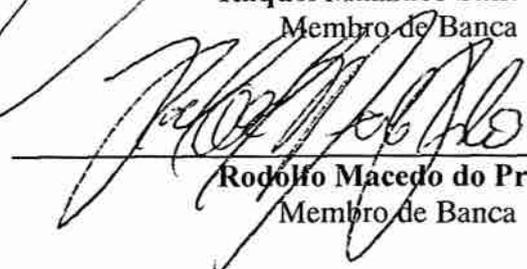
Florianópolis, 30 de junho de 2016



Alexandre Morais da Rosa
Professor Orientador



Raquel Mazzuco Sant'Ana
Membro de Banca



Rodolfo Macedo do Prado
Membro de Banca

Dedico este trabalho aos meus pais, Aida e Cenivaldo, sem os quais nada disso seria possível. *In memoriam*, à minha avó, Ana Carvalho. Sem dúvidas a vida tinha mais poesia com a sua presença.

Para ser grande, sê inteiro: nada

Teu exagera ou exclui.

Sê todo em cada coisa. Põe quanto és

No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a lua toda

Brilha, porque alta vive.

Ricardo Reis. (Het. Fernando Pessoa)

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina às ideias, opiniões e ideologia que a fundamentam ou que nela são expostas.

RESUMO

Através do resgate histórico do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro, a presente monografia possui um duplo objetivo: o primeiro, a constatação de que a base do sistema processual penal brasileiro fundou-se na presunção de culpa do acusado e assim se manteve por aproximadamente quinhentos anos de história, de modo a rejeitar, em cada particularidade, a condição de presumidamente inocente característica de todo cidadão. O segundo e principal objetivo é demonstrar que, ainda com o recente reconhecimento da presunção de inocência, fruto do advento da Constituição Republicana de 1988, a processualística penal brasileira ainda não se desvencilhou por completo da herança inquisitiva de rejeição a este princípio fundamental. Para tanto, no primeiro capítulo, analisar-se-ão as razões para a elevação da presunção de inocência a nível principiológico, seu conteúdo e suas funções, bem como as características principais de um sistema processual receptivo à presunção de inocência. No segundo capítulo, inicia-se o resgate histórico pela análise do sistema processual penal no primeiro período da história brasileira, a era colonial, em que se conclui pela total inobservância à presunção de inocência do acusado. A seguir, no terceiro capítulo, adentra-se ao exame do processo penal durante o período imperial, com destaque aos avanços trazidos pela primeira Constituição brasileira de 1824, pelo Código Criminal do Império e o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, em que se observa o início de um tratamento humanitário ao acusado, porém, ainda não receptivo à presunção de inocência. Adentrando-se na era republicana, no quarto e último capítulo, a presunção de inocência será analisada em quatro grandes períodos da República brasileira: a República Velha, a Era Vargas, o Regime Militar e o período pós Constituição de 1988. É neste capítulo que se desenvolve o principal objetivo do presente estudo, qual seja, a constatação de que, até o advento da Constituição de 1988, não havia presunção de inocência a ser observada em relação ao acusado da prática de crimes no Brasil. Serão identificadas as bases formadoras do sistema processual penal brasileiro em vigor, consubstanciado no Código de Processo Penal de 1941, construído durante a Era Vargas e mantido até o regime militar de forma a rejeitar toda a dimensão juspolítica do princípio da presunção de inocência. Por fim, na história do Brasil contemporâneo, examinar-se-á o período posterior à Constituição Republicana de 1988, em que o princípio da presunção de inocência foi, enfim, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro. Serão analisados os impactos imediatos da previsão do princípio da presunção de inocência, o descompasso que existia entre a nova Constituição, o Código de Processo Penal e a legislação especial, encerrando-se com a análise do tratamento conferido à presunção de inocência na atualidade, sobretudo pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Das considerações conclusivas, extrai-se que a reconstrução histórica do presente estudo foi capaz de revelar importantes aspectos para compreender as razões pelas quais o princípio da presunção de inocência nunca existiu até o advento da Constituição Republicana de 1988 e, mesmo após sua promulgação, ainda não surtiu de forma satisfatória os efeitos jurídicos decorrentes de sua condição de princípio.

Palavras-chave: Processo Penal. Princípio da presunção de inocência. História do processo penal brasileiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	15
1.1. O reconhecimento da presunção de inocência como norma-princípio	15
1.2. O conteúdo essencial da presunção de inocência	17
1.3. A função do princípio da presunção de inocência	20
1.4. As características de um modelo processual penal receptivo ao princípio da presunção de inocência	21
1.4.1. Diferenciação entre órgão acusador e órgão julgador	21
1.4.2. Observância dos direitos fundamentais e tratamento adequado ao acusado na fase investigativa preliminar	23
1.4.3. Inexistência de prisão cautelar obrigatória e/ou automática	24
1.4.4. Reconhecimento da excepcionalidade da prisão preventiva como instrumento eminentemente processual	25
1.4.5. Existência de vias de discussão eficazes acerca da ocorrência de constrangimentos ilegais à liberdade e ao exercício de direitos fundamentais	26
1.4.6. Tratamento em relação ao interrogatório do acusado com atenção ao seu estado de inocência	27
1.4.7. Observância à garantia do acusado em não produzir prova contra si mesmo	28
1.4.8. Confissão tratada como instituto derivado da espontaneidade do acusado e em nível com as demais provas colhidas	29
1.4.9. Existência de dúvida que deve militar em favor do acusado	29
1.5. A análise histórica do princípio da presunção de inocência	29

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO COLONIAL BRASILEIRO (1500 - 1822)	30
2.1. O processo penal no período colonial: existência de presunção de culpa	34
2.2. A vinda da família real para o Brasil	40
2.3. Conclusão sobre a presunção de inocência no período colonial	42
3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO IMPERIAL (1822 - 1889)	44
3.1. A influência dos ideais iluministas	44
3.2. A independência e a necessidade de construção de uma identidade jurídica nacional	45
3.3. A Constituição de 1824: as primeiras garantias fundamentais do cidadão	46
3.5. O Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância	48
3.6. O <i>habeas corpus</i> no Direito Brasileiro	53
3.7. Conclusão sobre a presunção de inocência no período imperial	55
4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO REPUBLICANO	57
4.1. A organização da Justiça durante a República Velha	57
4.1.1 O pluralismo processual penal na República Velha	60
4.1.2. A Constituição Republicana de 1891	61
4.2. A Era Vargas: a rejeição do princípio da presunção de inocência	62
4.2.1. O Código de Processo Penal de 1941	63
4.2.1.1. A fase preliminar investigativa: forma inquisitiva pura	65
4.2.1.2. A prisão preventiva	66
4.2.1.3. A decisão de pronúncia e a sentença condenatória recorrível	69
4.2.1.4. Interrogatório e confissão do réu	71
4.2.1.5. Os amplos poderes investigativos judiciais e a absolvição por insuficiência de provas para condenar	73

4.2.2. Conclusão sobre a presunção de inocência na Era Vargas	75
4.3. O período compreendido entre os anos 1945 - 1964	76
4.4. A presunção de inocência no Regime Militar (1964 - 1985)	77
4.4.1. A reforma de 1967 do Código de Processo Penal	80
4.4.2. Conclusão sobre a presunção de inocência no regime militar	85
4.5. A presunção de inocência pós Constituição de 1988	86
4.5.1. A redemocratização do país	86
4.5.2. Os impactos doutrinários e jurisprudenciais imediatos da previsão do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988	88
4.5.3. O descompasso entre a Constituição de 1988, o Código de Processo Penal e a legislação especial	91
4.5.4. O tratamento do princípio da presunção de inocência na contemporaneidade	94
5. CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104

INTRODUÇÃO

Misto de ciência e arte, a História se apresenta como a reconstrução do passado, a reconstrução de fatos que, em razão de sua importância e significado à humanidade, transcendem o tempo, superam a barreira do esquecimento e dão forma a uma disciplina rica de longos séculos de experiência. Para o Direito, a utilidade e necessidade da pesquisa histórica volta-se à própria compreensão do Direito como instituição, sobretudo o Direito operante na atualidade.

Afirmava José Henrique Pierangelli, jurista e ex-professor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que "*a importância do estudo das nossas legislações pretéritas se revela não só para a compreensão de certos institutos, mas também porque o legislador, não é raro, recorre a essas legislações e à experiência vivida para enfrentar os problemas sociais do momento*"¹.

Não obstante o Brasil ostente uma curta história de existência, se comparado com outros Estados, sobretudo europeus, grandioso é seu acervo jurídico. O roteiro histórico da Justiça no Brasil é, e continua sendo, marcado por intensas lutas, dificuldades, momentos de glória e também de depressão.

Este é o país onde, evidentemente, mais se valorizou, no plano da própria ordem constitucional, a competência judiciária. Não existe lá fora outro país onde a Constituição tenha conferido, não apenas ao Poder Judiciário, mas à toda a comunidade jurídica, isto é, o Ministério Público, à advocacia do Estado e à advocacia privada, tamanho prestígio e tão largo feixe de prerrogativas. É por este rico acervo jurídico que se encontra o interesse pela abordagem histórica da presente monografia.

Acredita-se que através do estudo histórico das leis e codificações, o jurista tem condições de se colocar em níveis seguros, reduzindo consideravelmente suas chances de erro e, por decorrência, aumentando a certeza e efetividade de suas decisões.

¹ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 1ª Ed. São Paulo: Jalovi, 1983. P. 10.

Em razão de sua instrumentalidade, analisar a história das leis sob a ótica processual possibilita ainda mais: além da segurança na tomada de decisões, possibilita a apuração das diferentes interpretações e finalidades das leis nas mais diversas fases de sua história.

Não há sentido, porém, na análise da história jurídica do Brasil sem o devido exame de seus princípios decorrentes. Os princípios são as causas primárias. É o início. É a essência de determinado fenômeno.

Para Robert Alexy, os princípios expressam um dever-ser, constituindo-se em “*mandados - ou mandamentos - de otimização*”², mandamentos estes que ordenam que um comando seja realizado na medida mais ampla e eficaz possível.

Nesse diapasão, o interesse pelo princípio da presunção de inocência na temática processualística é de fácil explicação: a presunção de inocência é o marco da distinção entre dois grandes modelos históricos do processo penal. No primeiro, que o rejeita, a existência de uma acusação faz recair sobre o suspeito, antecipadamente, as graves consequências do reconhecimento da culpa. Naquele que o acolhe, o acusado tem sua inocência assegurada e o processo é dirigido à mais isenta análise dos fatos, pressuposto essencial à imposição de qualquer medida punitiva.

A importância e atualidade do tema é claro, notadamente em tempos em que se constata altos índices de autotutela, a chamada “justiça com as próprias mãos”, o alargamento da incidência da lei penal sobre condutas antes submetidas a outras formas de censura, a utilização de meios de restrição da liberdade procedida de forma recorrente e arbitrária, além da tendência de transferir os julgamentos do espaço dos tribunais para o cenário mais amplo e abrangente dos meios de comunicação.

O objetivo da presente análise, da mesma forma, é simples: não há sentido no estudo das matrizes históricas de um instituto jurídico se dele não se puder extrair as razões reveladoras de sua atual importância, de forma a dirimir confusões e ampliar seu âmbito de incidência, por vezes suprimido ou mitigado por outros institutos correlatos. Somente com a reconstrução histórica é que se pode eliminar equívocos que, de tão repetidos, acabam por tomar, no âmbito da sociedade, ares de verdade.

2 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. P. 86.

Através da viagem pela história jurídica brasileira, almeja-se a constatação de que o princípio da presunção de inocência, verdadeiro direito fundamental da pessoa humana, mostrou-se ausente durante muito tempo da histórica jurídica brasileira e, quando enfim foi previsto pela legislação pátria, não foi tratado com a devida importância e eficácia que lhe é inerente.

Caminha-se, assim, à constatação de que a observância ao princípio da presunção de inocência sempre esteve forjada, nas palavras do Professor Maurício Zanoide de Moraes, “com base na concepção de que o que há, na verdade, é uma ‘presunção de culpa’ e sempre um ‘inimigo’ a ser perseguido e punido”³, a fim de se dar satisfação à opinião pública e à defesa social e da lei.

Mais do que simples análise histórica, portanto, procura-se com esta pesquisa não apenas a comparação entre as deficiências, afrontas e disparates ocorridos outrora ao longo da herança jurídica brasileira, mas também a verificação se, de fato, ainda perdura na contemporaneidade a inobservância deste princípio básico do Direito Processual Penal, que se mostra como fio condutor de qualquer Estado que se apresenta sob a ótica de um modelo constitucional, democrático e garantista de Direito.

³ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 159.

1. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Ao apoiar-se no método histórico-evolutivo para uma pesquisa científica, entende-se que seu objeto, logo de início, necessita ser bem definido e caracterizado. Do contrário, a imersão histórica restringe-se à mera análise temporal, no qual o objeto é apresentado sem maiores questionamentos ou ponderações ao longo de seu surgimento.

Com a devida caracterização, o objeto torna-se passível de comparação, de argumentação e, sobretudo, de transformação ao longo de sua análise histórica, objetivos do presente trabalho.

Ao que se pretende construir com a presente monografia, é fundamental, portanto, a compreensão preliminar acerca do objeto em análise. É o que se empreenderá neste capítulo inaugural.

1.1. O reconhecimento da presunção de inocência como norma-princípio

Para a teoria dos princípios, que tem Robert Alexy como um dos seus principais expoentes, toda espécie de norma que garanta um direito a ser cumprido na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas de um caso concreto, assume a estrutura normativa de “*princípio*”⁴.

No campo abstrato, para compor-se de tal nível normativo, pouco importa se o princípio está atribuído a uma norma que trate de direito individual ou coletivo, tampouco se ele corrobora ou contraria determinada disposição constitucional. Conforme ressalta Alexy, para constituir-se como princípio, basta que seu conteúdo essencial possa servir de argumentação a um direito jusfundamental.

A “*regra*”, por sua vez, em contraste com o princípio, assume um caráter descritivo sobre determinadas condutas, anunciando o modo como uma ação deve ser conduzida, seja essa determinação positiva ou negativa. Isso quer dizer que a regra tem seu campo de atuação limitado, diferentemente dos princípios, que podem transcender à outras regras e até a outros princípios.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2002. P. 86.

Como bem observa Mauricio Zanoide de Moraes, “os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus de consecução, são ‘mandamentos de otimização’ que tendem a uma realização na maior intensidade possível [...]. Uma norma-princípio é elaborada e deve ser interpretada para que seja aplicada no maior grau de realização possível, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas. O que não significa dizer que está garantido que sempre haverá sua total realização”⁵.

Dito de outro modo, a não realização integral dos princípios não os invalida como norma jurídica, apenas diminui sua eficácia no caso concreto, diferentemente das regras, que se submetem ao sistema do “tudo ou nada” (*all or nothing*) de aplicação.

Assim como as demais expressões deônticas, do dever ser, os princípios encontram sua máxima eficácia notadamente quando postas em nível constitucional, posição em que passa a reger um largo feixe de regras, podendo ser contraposto, também, com outros princípios constitucionais.

Destaca Maurício Zanoide de Moraes que, para se concluir acerca da posição de princípio, e não de regra, de determinada norma jurídica, pode-se escolher três critérios de avaliação: a estrutura normativa, a forma de aplicação e o conteúdo normativo-axiológico. Por qualquer dessas vias, ressalta o autor, sempre se chega à conclusão de que a norma na qual se insere a presunção de inocência apresenta-se como norma-princípio. Veja-se:

Quanto à perspectiva do conteúdo (normativo-axiológico), porquanto sua norma identifica um valor a ser preservado e um fim a ser alcançado, trazendo em seu bojo uma decisão político-ideológica. Não é, como as normas-regras, prescritiva de condutas.

Já quanto à estrutura normativa, a presunção de inocência se caracteriza também como princípio, por prescrever ‘fins e estados ideais a serem alcançados’, um ‘dever-ser’, e que caberá ao intérprete decidir e cumprir. Atividade que será mais sofisticada e complexa na medida em que além das condições fático-jurídicas surgem inevitáveis contradições normativas (colisões com uma regra ou com outro princípio) a serem resolvidas.

Por fim, [...] quanto à forma de aplicação, a presunção de inocência também se identifica como uma ‘norma-princípio’. Observado o texto normativa da presunção de inocência e, ainda, cotejando-o com o sistema constitucional, mesmo observado apenas o âmbito dos direitos fundamentais, percebe-se coexistirem limitações sistêmicas da presunção de inocência, p.ex., pela prisão em flagrante ou por prisão provisória determinada judicialmente. [...] Ela poderá [assim], ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

A presunção de inocência é, portanto, um direito garantido a seu titular nos moldes ‘prima facie’ ou como ‘mandamento de otimização’, o que significa dizer que os agentes não tenham o dever de respeitar e promover aquele direito, mas

⁵ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Op. cit.* P. 271.

apenas que isso deve acontecer na 'maior medida possível'. Possibilidade que se extrai das condições fático-jurídicas do caso concreto.⁶

Compreendida, assim, a estrutura normativa da presunção de inocência como norma-princípio, o que lhe confere a capacidade de irradiar seu conteúdo ao longo de um ordenamento jurídico, necessário se faz identificar quais os elementos formadores de seu conteúdo.

1.2. O conteúdo essencial da presunção de inocência

O Direito Penal, focando-se no tipo penal incriminador, tem a função de, num primeiro momento, proteger bens jurídicos considerados essenciais, os quais os demais ramos do Direito não possuem o condão de fazê-lo, não com a mesma eficácia. Trata-se da visão do Direito Penal como *ultima ratio*.

Isso ocorre porque a provisão final, em matéria penal, liga-se a restrição de direitos considerados fundamentais do cidadão, entre eles, a sua liberdade e, em diversas outras culturas, também a vida, bens jurídicos que não têm o costume de serem limitados por outras áreas jurídicas.

Uma das características essenciais do Direito Penal está, portanto, em sua provisão final: a pena. O juiz, ao verificar a adequação do caso concreto à norma penal incriminadora, exerce seu poder de punir (*jus puniendi*), declara o acusado como culpado e aplica-lhe a reprimenda correspondente, restringindo-lhe direitos jusfundamentais.

É neste ponto que a presunção de inocência, do campo do Direito Processual Penal, emerge como princípio regulador do modo de agir do Estado, no exercício de seu poder punitivo.

Presunção vem do latim *praesumptio*, cujo verbo é *praesumere*⁷, observa Cretela Júnior, que significa antecipar, tomar antes ou por primeiro, prever, imaginar previamente. O termo de origem latina, portanto, indica ser a presunção uma forma de se tomar, de forma antecipada, algo que ainda não aconteceu ou que se espera que aconteça.

⁶ ZANOIDE DE MORAES, op.cit. P. 273-274.

⁷ CRETELA JÚNIOR, José; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Dicionário latino-português*, 1944. P. 896.

Inocência, por sua vez, também é proveniente do latim, *innocentia*, cujo significado estava originalmente ligado à práticas religiosas. A inocência, no campo canônico, era uma qualidade atribuída àquele que nunca pecou, que nunca transgrediu as regras divinas.

Na laicização pregada no racionalismo iluminista, o termo, porém desvencilhou-se de sua concepção religiosa e foi inserido no sentido filosófico de um estado ideal a ser conferido ao cidadão.

Racionalmente, não se podia tomar, *a priori*, alguém como culpado acerca de um fato, sem que antes houvesse a certeza de seu cometimento, o que impunha a necessidade de provas para a demonstração de culpa. O termo inocência, assim, despiu-se de todo o conteúdo religioso para, então, ser usado em uma perspectiva racional, com base nos ideais iluministas.

O princípio foi legalmente previsto pela primeira vez na França em 1789, na primeira parte do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A redação do artigo, na linguagem original, assim dispunha, *verbis*: *”Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”*⁸

Na atual Constituição de 1988 vigente no Brasil, o princípio foi previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, LVII, com a seguinte disposição: *”ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Já a Constituição da Nação Argentina recepcionou o princípio, em seu art. 18, da seguinte forma: *”Ningun habitante de la Nacion puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, [...] ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”*⁹.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, em seu art. 32, n. 2, assim previu a presunção de inocência em seu ordenamento jurídico: *”Todo o arguido se presume*

⁸ FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-français/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>; Acesso: 30/04/2016. Tradução: "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 lei".

⁹ ARGENTINA, Constitución de La Nacion Argentina. Disponível em: <http://www.constitucion.org/cons/argentín.htm>; acessado em: 30/04/2016. Tradução: “nenhum habitante da nação pode ser apenado sem juízo prévio, fundado em lei anterior ao feito do processo, nem preso senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente”

inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa".¹⁰

Em análise aos diferentes textos legislativos expostos, verifica-se que, apesar das diversas formas redacionais, é comum a legislação, ao referir-se ao princípio da presunção de inocência, utilizar expressões como “*ninguém será considerado culpado*”, “*todo acusado se presume inocente*”, “*ninguém pode ser apenado*”, contrastando-as com sentenças como “*até o trânsito em julgado*”, “*senão em virtude de ordem escrita de autoridade competente*”, “*até ser declarado culpado*”.

O preceito primário dispõe, assim, um mandamento de ordem geral. Trata-se da presunção de inocência em si: todo indivíduo é considerado inocente por natureza. É uma característica, portanto, que se aplica a todo e qualquer sujeito.

O preceito secundário, por sua vez, liga-se ao preceito primário por meio de uma preposição (*até, senão*), indicando a existência de uma excepcionalidade capaz de subverter a ideia original de que o indivíduo é naturalmente inocente. Presente esta circunstância, e somente após sua superveniência, o indivíduo passa a ser reconhecido como culpado.

Juntos, o preceito primário e o preceito secundário formam o enunciado do princípio da presunção de inocência e tão logo informa os elementos de sua composição que, juntos, formam seu conteúdo essencial. São três elementos: 1. Todo acusado é presumido inocente, porque assim o nasce; 2. O ônus da prova cabe à acusação, e não à defesa. Não há razão para o acusado provar um estado natural que já lhe é presumido. Incumbe à defesa, assim, apenas posicionar-se contra as provas produzidas pela acusação 3. O estado de inocência somente pode ser alterado por meio de declaração do Estado. No caso brasileiro, “*por sentença*”, tal como informa a atual Constituição Federal de 1988.

Em referência aos elementos formadores do conteúdo essencial da presunção de inocência, resume Mauricio Zanoide de Moraes:

Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão ‘presunção de inocência’ assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina *‘quilibet preasumitur bonus, donec*

¹⁰ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>; Acesso: 30/04/2016.

contrariam probetur (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação.¹¹

Definido seu conteúdo essencial, por decorrência, é possível chegar à conclusão acerca da função primordial do princípio da presunção de inocência. É o que se verá a seguir.

1.3. A função do princípio da presunção de inocência

Estabelecida a ideia de que a presunção de inocência se trata de um princípio, e uma vez definido o seu conteúdo essencial, outra não é a conclusão a que se chega sobre sua função senão a de servir de base à maneira de compreender, administrar e construir um sistema processual penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução penal, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até que o Judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpa, com base em um conjunto probatório mínimo e lícito.

Acrescenta Mauricio Zanoide de Moraes:

Sua ampla extensão e incidência faz com que ela se relacione, direta ou indiretamente, com cada ponto do sistema. Ideário que informa e orienta a formação e aplicação de todos os atos da persecução penal, uma vez que um cidadão sempre estará submetido à constrição estatal desde o primeiro ato persecutório até à sua conclusão definitiva e, ainda, em âmbito revisional.¹²

A presunção de inocência, assim, orienta e direciona toda a conformação legal do sistema jurídico do Estado que a recebe, representando a ideia síntese da área criminal (penal e processual penal), advinda da intersecção formada pelos princípios da igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Dito isso, se a presunção de inocência é um princípio a operar com grande e extensa incidência num sistema jurídico, sobretudo em sua área processual penal, é de extrema relevância analisar as principais características existentes em um Estado que se afirma receptivo a este princípio basilar da processualística penal, já que isto contribuirá de maneira relevante aos fins a que se presta este estudo, sobretudo quanto a conclusão acerca da existência ou inexistência, a maior ou menor observância do princípio da presunção de inocência, assim como a comparação entre seus diversos tratamentos nos diferentes períodos históricos brasileiros.

¹¹ ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.* P. 92.

¹² ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.* P. 358-259.

Nos itens seguintes, analisar-se-há as características mais expressivas da dimensão juspolítica do princípio da presunção de inocência, sem que com isso se pretenda exaurir a possibilidade de existência de outras características, bem como a extensão e os debates doutrinários de cada uma particularidades escolhidas.

1.4. As características de um modelo processual penal receptivo ao princípio da presunção de inocência

Maurício Zanoide de Moraes afirma que o princípio da presunção de inocência possui uma “*eficácia irradiante*”, na medida em que “*projeta seus efeitos como direito informador do sistema, desde a elaboração legislativa, controlando a constitucionalidade de leis eventualmente violadoras do conteúdo daquele direito fundamental, até a aplicação e interpretação normativa feita por órgãos do Executivo e, principalmente, do Judiciário*”¹³

Esta tutela extensa e tendencialmente expansível do princípio da presunção de inocência transfere aos demais campos normativos, principalmente infraconstitucionais, certas características que lhe são peculiares e que os diferencia de um modelo baseado na presunção de culpa do acusado. Trata-se da incidência do conteúdo essencial da presunção de inocência nas normas estatais.

A seguir, listar-se-ão as principais características de um sistema processual penal que tem por base a observância ao princípio da presunção de inocência.

Tece-se a ressalva de que, no contexto da presente análise, não se poderá examinar, de modo exaustivo, todos os desdobramentos e efeitos irradiantes do princípio da presunção de inocência, porquanto extravasaria em muito a intenção histórico-evolutiva do estudo.

Pode-se afirmar, assim, que as características em sequência são as principais particularidades capazes de identificar o grau de observância ao princípio da presunção de inocência em um sistema processual penal.

1.4.1. Diferenciação entre órgão acusador e órgão julgador

¹³ ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.* P. 250.

É característica dos sistemas processuais inquisitivos, que rejeitam toda a dimensão juspolítica do princípio da presunção de inocência, a ausência de distinção quanto as funções de acusação e julgamento.

Como observa Guilherme de Souza Nucci, “o sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador”¹⁴.

Na mesma linha de raciocínio, reforça Eugênio Pacelli de Oliveira:

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos.¹⁵

Ao tratar acerca dos modelos de processo penal autoritários, Luigi Ferrajoli, em sua obra *Direito e Razão*, descreve os sistemas os quais denomina de “S2”, marcados pela ausência de acusação separada. O autor afirma que nesses sistemas, regidos por características do método processual inquisitivo, ocorre a supressão de um dos axiomas do garantismo penal, qual seja, o axioma “A8 - *nullum iudicium sine accusatione*”, que trata sobre a imparcialidade do juiz e sua separação do órgão acusatório.

Afirma o autor que a mistura entre acusação e juízo compromete severamente valores como imparcialidade, publicidade, moralidade e, sobretudo, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado. Veja-se:

O sistema ‘sem acusação separada’ S2, que configura o método inquisitivo, deriva, por sua vez, da subtração do axioma A8 sobre a imparcialidade do juiz e sobre sua separação da acusação. Aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais. Em tais sistemas, a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, freqüentemente, a publicidade e moralidade do processo. Mas é fácil compreender que a carência dessas garantias debilita todas as demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa. O enfraquecimento das garantias processuais pode chegar nestes sistemas até a total falta de prova e de defesa: [...] pela indeterminabilidade da verdade processual, senão, ainda, em sentido lato, pela admissão de intervenções penais sem qualquer satisfação ao ônus da prova pro parte da acusação e/ou sem qualquer controle por parte da defesa. [...] É evidente que nestes casos, ao faltar a obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabam por informar-se mediante critérios meramente substancialistas e de autoridade.¹⁶

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2013. P. 81.

¹⁵ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013. P. 9-10.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 96-97.

Confundir a acusação com o juízo é, portanto, atribuir ao mesmo órgão a tarefa de guardar observância ao estado natural de inocência do acusado e, ao mesmo tempo, torná-lo responsável pela demonstração de sua culpa, incompatibilidade inadmissível em sistemas processuais penais que guardam atenção ao princípio da presunção de inocência.

1.4.2. Observância dos direitos fundamentais e tratamento adequado ao acusado na fase investigativa preliminar

Um modelo processual penal que se mostra receptível ao princípio da presunção de inocência deve atentar-se às garantias fundamentais do acusado não apenas na fase processual, mas, também, na fase precedente ao processo.

A fase pré processual, mais do que ao propósito de servir de base à instauração da ação penal, mostra-se como meio de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, inconsistências e artifícios, evitando-se julgamentos antecipados de publicidade danosa ao acusado.

Nesses primeiros instantes investigativos da imputação penal, deve o investigado ter a seu favor toda proteção constitucional da presunção de inocência, a fim de se evitarem abusos e excessos estatais.

Assim destaca Zanoide de Moraes: *“desde os primeiros instantes da fase de investigação preliminar, se houver um juízo de atribuição de fato criminoso a alguém, a presunção de inocência tutelar o imputado com toda a extensão que a Constituição exige, seja protegendo como ‘norma de tratamento’, como ‘norma probatória’, ou como ‘norma de juízo’”*¹⁷

O acusado deve, assim, figurar no pólo investigativo preliminar sem que isso o conduza à figura de culpado, mas, sim, de investigado, devendo os procedimentos de persecução serem conduzidos conforme as disposições da lei, sempre revestidos de um caráter antes preventivo e investigativo, do que acusatório.

¹⁷ ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.*, P. 495.

1.4.3. Inexistência de prisão cautelar obrigatória e/ou automática

A existência de prisão provisória obrigatória é um dos sintomas mais característicos de modelos processuais penais baseados na presunção de culpa.

Isso porque, na prisão preventiva automática, geralmente levam-se em conta critérios de ordem objetiva, não havendo imersão nas particularidades do caso, o que evidencia que, em determinadas situações, a prisão preventiva é aplicada em atenção a uma expectativa de risco em potencial por parte do acusado.

Em sua obra *“Inimigo ou a inconveniência de existir”*, Leandro Ayres França explora esse conceito de risco em potencial, expondo as características do que denomina *“Direito Penal do Inimigo”*, ou seja, a perseguição do Estado a todo custo de um criminoso/oponente a ser combatido.

Assim declara o autor:

Influenciado pelo discurso de que a prevenção é a melhor estratégia contra prejuízos futuros não seguros, tendo em vista a redução da probabilidade de que eles ocorram, ou, ao menos, das dimensões dos danos, o direito penal tem aplicado a sua intervenção punitiva através da criminalização no âmbito prévio. Pune-se pelo risco em potencial - o que não se difere de uma punição pela expectativa de perigo (de risco) [...] Há um deformação do sistema penal com a intensificação da cautelaridade penal, incentivando as agências repressivas a fortalecerem seus âmbitos de arbitrariedade para deter, internar, requisitar, [...] ¹⁸

A prisão cautelar automática ou obrigatória liga-se, assim, diretamente à essa concepção de risco em potencial, colocando em destaque a existência de verdadeira presunção de culpa quando se trata de determinados delitos considerados graves pelo Estado, ao ponto de cominá-los o recolhimento obrigatório à prisão.

Dessa forma, medidas como o recolhimento imediato ao cárcere por mera acusação (pública ou privada), prisão preventiva obrigatória baseada em critérios objetivos, tal como a quantidade de pena cominada ou aplicada, prisão preventiva automática em decorrência de decisões judiciais anteriores à sentença final irrecorrível, condução ao cárcere como pré requisito ao exercício de direito fundamental (como o de recorrer, por exemplo), todos esses modelos de prisão, sem exceção, não se adequam a um modelo processual baseado na presunção de inocência, importando a medida em antecipação da pena.

¹⁸ AYRES FRANÇA, Leandro. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P 401.

1.4.4. Reconhecimento da excepcionalidade da prisão preventiva como instrumento eminentemente processual

Afirma Luigi Ferrajoli, *“a perversão mais grave do instituto [da prisão preventiva], [...] foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual, destinado à estrita necessidade instrutória, para instrumento de prevenção e defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes”*¹⁹

É nesse entendimento que se verifica que um dos sintomas mais característicos de sistemas processuais que rejeitam a presunção de inocência é a admissão de prisão preventiva em inobservância à estrita necessidade instrutória, tal como afirma Ferrajoli.

Nestes sistemas, a prisão preventiva não é vista como medida excepcional, tratando-se de um instrumento paralelo de prevenção e defesa social, mais uma vez evidenciando o reconhecimento do acusado como um risco em potencial a ser combatido pelo Estado.

Há autores, como o próprio Luigi Ferrajoli, que sustentam ser toda forma de prisão cautelar processual uma afronta ao princípio da presunção de inocência. Esses autores, adeptos ao abolicionismo preventivo, afirmam que qualquer medida restritiva anterior à sentença final irrecorrível do Estado é violadora, por excelência, do estado natural de inocência.

Extrapolando a intenção do presente trabalho, porém, maiores imersões nesse campo de estudo, sobretudo quando o estudo trata do Direito Processual Penal brasileiro, que admite a prisão preventiva e a aplicação de outras medidas cautelares processuais de forma excepcionais, sem incorrer em violação ao princípio da presunção de inocência.

Em suma, pode-se afirmar que em um sistema processual penal que se baseia pela presunção de inocência, o recolhimento preventivo do acusado é tratado como instrumento essencialmente excepcional, utilizado apenas quando outras medidas mostrarem-se insuficientes às necessidades acautelatórias do Estado.

É de ressaltar, ainda quando evidenciada exceção, uma vez aplicado o recolhimento preventivo, não perde o acusado a atenção por parte do Estado ao seu estado natural de

¹⁹ FERRAJOLI, *op. cit.*, P. 509.

inocência, já que a prisão-cautela não tem os mesmos fundamentos, tampouco o mesmo propósito da prisão-pena.

1.4.5. Existência de vias de discussão eficazes acerca da ocorrência de constrangimentos ilegais à liberdade e ao exercício de direitos fundamentais

A inexistência de vias de combate às decisões que importem em constrangimento ilegal à liberdade e aos direitos fundamentais do acusado também é um sintoma de modelos processuais inquisitivos que se baseiam na presunção de culpa.

Em modelos notadamente arbitrários, que recusam observância à presunção de inocência, não é do interesse do Estado disponibilizar ao acusado vias processuais de questionamento às decisões judiciais cautelares.

Remédios tais como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o *mandado de segurança*, etc., não são previstos, assim, em modelos que rejeitam a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Quando previstos, são aplicados de forma restrita e norteados pela presunção de culpa do acusado.

1.4.6. Tratamento em relação ao interrogatório do acusado com atenção ao seu estado de inocência

Em um sistema arraigado pela presunção de inocência, o acusado comparece em Juízo, ou perante a autoridade competente para, antes de tudo, defender-se e ter a oportunidade de falar o que julgar conveniente em sua defesa. O interrogatório do acusado, portanto, mais do que um meio de prova, apresenta-se como meio de defesa.

Isso porque é a primeira vez que ao acusado é dada a palavra para posicionar-se a respeito dos fatos criminosos que lhes são direcionados, sendo-lhe franqueado relatar tudo o que julgar adequado à sua defesa, inclusive a permanência em silêncio.

Assim entende Guilherme de Souza Nucci:

O interrogatório é ato procedimental em que se propicia ao indiciado ou acusado o momento formal e pessoal para fornecer sua versão acerca da imputação criminal formulada na investigação ou na ação penal. [...] Para alguns, trata-se primordialmente de meio de prova [...] para outros, meio de defesa. [...] em nossa visão, o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa. Em segundo plano,

trata-se de um meio de prova. Meio de defesa, essencialmente, porque é a primeira oportunidade do acusado para ser ouvido, garantindo-se a sua autodefesa, quando pode narrar a sua versão do fato, negando (ou afirmando) a autoria, além de indicar provas em seu favor. Poderá, ainda, calar-se, sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa, ou então, é possível que assuma a prática do delito [...]. Tal foco (meio de defesa), eleva-se quando o procedimento prevê a inquirição do acusado ao final da instrução, quando todas as provas já foram colhidas.²⁰

Em sistemas que acolhem a presunção de inocência, durante o interrogatório o Juiz encontra-se, assim, diante de pessoa presumidamente inocente, devendo os atos procedimentais adequarem-se a este estado natural.

A existência de constrangimentos, pressões psicológicas, agressões físicas e torturas durante o interrogatório do acusado são, assim, sintomas característicos de modelos processuais inquisitivos, que vêem o procedimento de interrogatório do réu a oportunidade em dele extrair as provas necessárias à condenação, uma vez que é visto como presumidamente culpado.

1.4.7. Observância à garantia do acusado em não produzir prova contra si mesmo

Conforme assevera Maria Elizabeth Queijo, doutora em Processo Penal pela Universidade de São Paulo, o princípio *nemo tenetur se detegere* cuida do “*direito à não auto-incriminação, que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado, que não se resume ao direito ao silêncio*”²¹

Nessa ótica, o direito fundamental de não produzir prova contra si mesmo liga-se ao princípio da presunção de inocência na medida em que, mais do que garantir ao acusado o direito de não abrir mão, de forma precipitada, de seu estado natural de inocência, objetiva protegê-lo contra possíveis excessos cometidos pelo Estado durante a persecução penal, incluindo-se nele, também, o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o acusado a cooperar na investigação processual. Se ao Estado não é permitido obrigar o acusado a produzir prova contra si mesmo, tampouco lhe é permitido concluir em seu desfavor o exercício deste direito.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 90-91.

²¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 54-55.

Conforme destacou Maria Elizabeth Queijo, o princípio *nemo tenetur se detegere* não se resume ao direito de ficar em silêncio. Todavia, uma vez escolhida a permanência em silêncio, ou a opção de se reportar apenas sobre determinados fatos, não pode essa escolha ser interpretada em desfavor do acusado, sob pena de violação à presunção de inocência.

1.4.8. Confissão tratada como prova derivada da espontaneidade do acusado e em nível com os demais elementos probatórios

Na confissão o acusado reconhece os fatos, sua autoria e demais aspectos relevantes para a causa penal.

Em sua obra "*Provas no Processo Penal*", Guilherme de Souza Nucci aponta a confissão como o ato de "*admitir, contra si, a prática de fato criminoso, porque seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento e fazendo-o de forma voluntária, expressa e pessoal, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo*".²²

Ocorrendo a confissão, deve o Juiz, primeiramente, ater-se aos aspectos relacionados com o próprio ato de confissão e seu conteúdo. Deverá, assim, certificar-se da veracidade dos fatos narrados, de sua espontaneidade e da certeza de que o ato foi praticado com a devida orientação técnica. Somente após essa constatação, é que o Juiz pode elevar a confissão a elemento de prova, devendo somá-la aos demais elementos probatórios.

Em um modelo processual de observância à presunção de inocência, a confissão não é elevada ao nível de *rainha das provas*, a *prova das provas* ou a *probatio probatissima*, característica de sistemas processuais penais inquisitivos, exigindo-se um cotejamento com as demais provas processuais.

Assim, a confissão isolada, inverossímil ou em contradição com os demais elementos probatórios não só perde a eficácia de convencer o Juízo, como deve despertar no Magistrado a atenção de se certificar se ela não foi produzida por razões ilegítimas, de forma a retirar do acusado seu direito à presunção de inocência.

²² NUCCI. Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 114.

1.4.9. Existência de dúvida que deve militar em favor do acusado

Em todo processo cognitivo parte-se da ignorância sobre um determinado fato (objeto a se conhecer), com o objetivo de se chegar a um estado de certeza. A dúvida, assim, posiciona-se em um estágio intermediário, no qual permanece o indivíduo que, embora já tenha alguns conhecimentos sobre o objeto, não consegue atingir a certeza almejada.

A decisão judicial nada mais é do que um processo cognitivo, em que o Juiz parte da ignorância sobre os fatos que lhes são apresentados, a fim de que, no curso da persecução e com base nas provas coligidas, se convença, ou não, da acusação que lhe é apresentada.

No processo penal, a forma pela qual se estabelece como o juiz deve decidir em casos em que não é possível chegar à certeza necessária, revela o perfil juspolítico do Estado, seu tratamento de respeito com o cidadão e a atenção ao seu estado de inocência.

Aos modelos que optam pela militância da dúvida em favor do acusado, o respeito à condição natural de inocência do acusado é garantida. Aos modelos em que a dúvida deve permanecer do lado do Estado (*favor rei*) ou da sociedade (*pro societate*), verifica-se maior atenção ao estado de culpa do acusado.

1.5. A análise histórica do princípio da presunção de inocência

Observadas e devidamente conceituadas as características principais de um sistema processual penal receptivo ao princípio presunção de inocência, é possível, a partir de então, adentrar de modo seguro na análise histórica pretendida com este trabalho.

As características acima elencadas servirão de base para se identificar a ausência ou a presença da presunção de inocência nos diferentes períodos históricos do processo penal brasileiro, bem como seu grau de efetividade e observância por parte das decisões judiciais.

Adentra-se, assim, à análise histórica, iniciando-se pelo período inaugural da história do Brasil: a era colonial.

2. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO COLONIAL BRASILEIRO (1500 - 1822)

“Cumpri a minha palavra, morro pela liberdade”²³.

Eram onze horas da manhã, do dia 21 de abril de 1792, quando Tiradentes, alcunha de Joaquim José da Silva Xavier, subiu ao cadafalso instalado em vasta praça localizada no lado nascente da cidade do Rio de Janeiro e esboçou suas últimas palavras diante da multidão que se espalhava em sua volta.

A sentença condenatória dando o réu Joaquim como culpado de crime de lesa-majestade foi clara:

Condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradente, Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que, com barão e pregação, seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nela morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Sebolas, aonde o Réu teve as sinas infames praticas, e os mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável Reu; [...] ²⁴

Enforcado, Tiradentes foi ainda decapitado e teve seu corpo esquartejado. A cabeça foi enviada para a vila de Ouro Preto, na cidade de Vila Rica, onde, sobre um poste, foi colocada em exposição.

Sufocada estava uma das maiores revoltas separatistas do Período Colonial brasileiro: *a Inconfidência Mineira*.

Resumir, no entanto, que Tiradentes foi condenado à morte e executado numa praça da cidade do Rio de Janeiro, como simples provisão final em resposta aos levantes ocorridos na Capitania de Minas Gerais, de nenhum modo transmite a extensão do real drama em que ele e seus sectários se envolveram com a Corte Portuguesa durante o período colonial brasileiro.

²³ GIL, Luis F. Pereira (Diretor). *Os grandes julgamentos da História: o processo de Tiradentes*. Rio de Janeiro: Otto Pierre, Editores. 1978. P. 285.

²⁴ GIL, *op. cit.* P. 280-281.

O primeiro documento importante relacionado com a Inconfidência Mineira é do punho do governador da Capitania de Minas Gerais à época, Dr. Luis Antonio Furtado de Mendonça, o visconde de Barbacena.

Em 12 de junho de 1789 - exatos um mês e dois dias antes da tomada da Bastilha, em Paris - Luis Furtado fez relatar à Ouvidoria Geral o temor que se instaurava em sua Capitania de uma sublevação contra a Coroa Portuguesa, requerendo a abertura da chamada *Devassa*, espécie de procedimento judicial previsto nas Ordenações Filipinas (compilação das leis que regulavam o sistema jurídico português), em desfavor de Joaquim José da Silva Xavier e outros suspeitos.

A mineração do ouro e o garimpo das pedras preciosas constituíam, naquele período, a principal riqueza daquela região do Brasil, fazendo a fortuna do erário régio e dos exploradores ligados à elite mineradora local. A coroa, todavia, fazia incidir altíssimos impostos sobre essas atividades, cobrados por ocasião das chamadas *derramas*, prejudicando os mineradores de menor expressão e as comunidades menos privilegiadas, que também valiam-se da exploração mineral.

Neste cenário é que Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, destacou-se pelo debates abertos acerca de seu descontentamento com as práticas abusivas da Coroa portuguesa e suas intenções de sublevação popular.

A postura combatente de Joaquim José da Silva, no entanto, já era conhecida do antigo governador de Minas Gerais, que decidira não atribuir maior importância às palavras e atitudes do alferes (posto militar ligado às camadas mais baixas do exército).

Desta vez, entretanto, por conta do envolvimento de pessoas ligadas à elite local, também descontentes com a cobrança tributária excessiva do ouro, aliado às recomendações e denúncias recebidas por importantes chefes do poder local (tenentes e coronéis), o governador Luis Antonio Furtado posicionou-se perante a Coroa:

Por ter chegado à minha noticia, que algumas Pessoas têm formado nesta Cappitania o temerário e abominável projecto de uma sublevação contra a Majestade, e legítima Soberania, da Rainha nossa Senhor que Deos guarde, e da sua Real Corôa, conjurandose entre si, pretendendo corromper a fidelidade do Povo e da Tropa, e usando para o mesmo fim de outros perversos e horrorosos meios: Ordeno ao Dezembargador Ouvidor Geral e Corregedor desta Comarca, que autuadas as Denuncias ou representações, Cartas e mais Papeis que lhe entrego, haja de proceder com toda a circunspeção e segredo possível à investigação e Inquirição Devassa deste gravíssimo delicto sem determinado tempo ou numero de Testemunhas,

escrevendo nela o Doutor Jozé Caetano Cezas Manitti Ouvidor Geral e Corregedor da Comarca do Sabará, que na conformidade das ordens de Sua Magestade tenho nomeado para Escrivão em todas as diligencias, procedimentos, e Autos judiciaes concernentes ao exame deste importante negocio; e confio da fidelidade, intelligência, actividade e zelo pelo Real serviço, de hum e outro Ministro o completo desempenho dele, procurando conhecer não somente os Autores e cupleces de tão execranda maldade, mas todo o pernicioso sistema e progresso della, e dandome parte de tudo, para eu ocorrer continuamente com todo o auxilio e providencias que forem necessárias.²⁵

Foi com esta carta que se declarou aberta a ação repressiva da Coroa Portuguesa contra os conspiradores.

O procedimento investigatório, conforme aponta Luis Pereira Gil, *“foi metuculoso, minucioso, exigente, mal deixando aos inquiridos possibilidade de evasivas de qualquer espécie. Nem os estrangeiros escapavam, caso houvesse suspeita de que sabia alguma coisa sobre o assunto”*²⁶

Tiradentes, no entanto, não foi ouvido durante a Devassa de Vila Rica. Seu interrogatório, que ocorreu conjuntamente com sua prisão, ocorreu apenas com a instauração da Devassa decretada pelo Vice-Rei do Brasil, Luis de Vasconcelos, após informações de que o levante popular em Minas Gerais contra a Corte portuguesa havia adquirido maiores contornos.

Acusado de conspirar contra a Coroa, Tiradentes sequer teve chances de ser ouvido antes de sua prisão, até porque um dos propósitos de seu recolhimento foi justamente viabilizar seu interrogatório. Tiradentes foi preso na cidade do Rio de Janeiro, após ter se refugiado ao desconfiar de que era seguido por ordens do governo português.

Joaquim José da Silva Xavier foi interrogado num total de 11 (onze) vezes, sendo o conteúdo de suas inquirições muito similares entre si, em que se observa a constante intenção dos inquiridores em extrair o máximo de confissões possíveis.

Em seu primeiro interrogatório, assim se posicionou Tiradentes:

E sendo-lhe perguntado se sabia a causa de sua prisão, ou a suspeitava. Respondeu que não. E sendo instado, que dissesse a verdade, porquanto se elle respondeste se tinha refugiado, e posto em circunstancias de fugir, era signal evidente, de que tinha crime pelo que receava ser preso, e chegando a sel-o, devia desconfiar, que era por esse crime. [...]

²⁵ GIL, op. cit. P. 16-17.

²⁶ GIL, op. cit. P. 58.

É de se destacar a intenção dos inquiridores em conduzir as respostas do inquirido, de forma a extrair as supostas verdades de que necessitavam, moldando o relato do acusado à forma que lhes era conveniente.

Assim continuava a inquirição:

Respondeu que não tinha crime algum' de que se receasse, nem pelo qual fugisse, como com efeito não fugiu, e só o que fez foi esconder-se em casa de Domingo Fernandes Torneiro, assiste na sua dos Latoeiros, o que fez no dia seis de Maio do presente nano, e a razão que para isso teve foi por lhe fazerem repetidos avisos, de que o Illustrissimo, e Excellentissimo Vice-Rei o mandava prender, e ter visto, que atrás dele andavam continuamente dois Inferiores observando-lhe os passos.

E sendo instado que dissesse a verdade [...] se elle não tivesse culpa, nem devia esperar prisão, nem devia temel-a, se sorte que se preparou com um Bacamarte, carregado, e demais com cartas que lhe foram achadas de favor para ser auxiliado na sua pretendida fuga [...]

Respondeu, que como tem dito, não tinha crime algum, e que se escondera para ver, o que se passava, em razão das antecedencias;

No segundo interrogatório, o inquiridor deixava claro sua insatisfação em relação à falta de verdade com que se posicionava Tiradentes, não se satisfazendo com as negativas do acusado, de modo a evidenciar a existência de uma verdade pré concebida, sempre em busca da confissão almejada.

Assim prosseguia a inquirição:

E sendo instado, que dissesse a verdade, que bem mostrava faltar a ella; porque nas perguntas, que antecedentemente se lhe tinham feito, não declarou nada disto, antes absolutamente negou, e só disse a respeito de ter dito ao dito Coronel - que vinha trabalhar para elle -, que fôra expressão preferira á tôa.

Respondeu que tal não dissera, e que somente usara da expressão, de que tivesse paciência, porque também eles em Minas sofriam o mesmo.²⁷

A partir do quarto interrogatório, a confissão de Tiradentes foi, enfim, extraída e elevada pelo Governo Geral como a rainha das provas utilizadas à condenação:

E sendo-lhe instado, que dissesse a verdade, à qual tinha faltado em todo o sentido; pois negava o levante que se premeditava fazer na Capitania de Minas Geraes, [...]

Respondeu que elle, até agora negou por querer encobrir a sua culpa, e não querer perder ninguém; porém que a vista das fortíssimas instancias com que se vê atacado, e a que vê que não pode responder diretamente não faltando clara, e conhecimento à verdade, se resolve a dizer-a, como ella é: que é verdade, que se premeditava o levante, que elle respondeste confessa ter sido, quem ideou tudo, sem que nenhuma outra pessoas o movesse, nem lhe inspirasse cousa alguma, [...]²⁸

O essencial ao sufoco do levante popular e da comprovação do crime de lesa-majestade praticado por Tiradentes estava baseado neste depoimento. A sentença judicial

²⁷ GIL, op. cit. P. 80

²⁸ GIL, op. cit. P. 84-85

tratou-se, assim, de mero ato formal do Estado português a declarar oficialmente a culpa de Tiradentes que, antes mesmo de iniciado o processo, já tinha sua culpa presumida por parte da Corte lusitana. Eis o modelo inquisitivo do sistema penal vigente no período colonial brasileiro.

Pelo exposto, adianta-se, não havia presunção de inocência a ser observada no período colonial da história brasileira.

2.1. O processo penal no período colonial: existência de presunção de culpa

Durante o Brasil-colônia, que se estende dos anos 1500 até 1822, foram as Ordenações do Reino de Portugal as responsáveis pela normatização jurídica aplicada em solo brasileiro. Nesse período, o processo penal era vinculado à presunção de culpa. A narração do caso envolvendo Tiradentes no episódio conhecido na história brasileira como a *Inconfidência Mineira* deixa evidente todas as características de um sistema inquisitivo voltado à busca da condenação do acusado.

Existindo um crime, contentavam-se os julgadores da época com meros indícios de autoria para dar abertura à persecução penal, não havendo maiores juízos depurativos sobre a veracidade das acusações.

A concepção da época, em se tratando de prática delitiva, era de sempre haver um inimigo a ser perseguido, a fim de dar satisfação a opinião pública, aos interesses locais e, sobretudo, garantir a ordem na colônia.

Das Ordenações do Reino, foram as Filipinas as que tiveram maior aplicação no Brasil, mas ainda foram aplicadas, em menor período de tempo, as ordenações Afonsinas e Manuelinas.

As Ordenações Afonsinas vigoraram entre os anos de 1500 - 1514, enquanto as Manuelinas, entre 1514 -1603. As ordenações Filipinas estenderam-se para além do período colonial, tendo sido aplicadas durante o período imperial e, em parte, pós independência (1603 - 1916).

A sistematização das ordenações seguiam basicamente o mesmo padrão erigido primeiramente nas Ordenações Afonsinas. Eram formadas, assim, por cinco livros, divididos em títulos, com rubricas indicativas do objeto em regulamento.

Aponta José Henrique Pierangelli:

O Livro I contém os regimentos dos diversos cargos públicos, disposições relativas aos grandes oficiais do Paço e aos altos funcionários militares.

O Livro II cuida dos bens e privilégios da Igreja, dos direitos do real e da administração fiscal, da jurisdição dos donatários régios e das prerrogativas da nobreza. Também contém uma legislação especial para os judeus e para os mouros.

O Livro III regula a forma do processo civil.

O Livro IV contém o Direito Civil, principalmente a doutrina de algumas espécies de contrato, testamento, sucessão, partilhas e curatela.

O Livro V trata dos delitos, das penas e do processo penal, naquilo que ele é próprio e diverge do processo civil da época.²⁹

Interessa ao objeto de estudo em tela o livro V das Ordenações Filipinas, que tratava das matérias relativas ao Direito Penal e Processual Penal.

O quinto livro das Ordenações Filipinas, também chamado de Código Filipino, pode ser descrito como uma mistura de Direito Romano e Canônico. Para a investigação dos crimes, admitia-se não apenas os meios acusatórios herdados do Direito Romano, mas também as inquirições devassas, proveniente do Direito Canônico.

Não havia previsão expressa, tampouco implícita, sobre a presunção de inocência nas ordenações filipinas, muito menos nas demais ordenações do reino de Portugal. E não haveria de ter, haja vista a extrema mentalidade punitiva da época e também porque o princípio foi previsto expressamente, pela primeira vez, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, somente no ano de 1789.

A total ausência de um princípio que refletisse os ideais de liberdade e inocência daquele que era visto pelo Estado como autor da prática de um delito refletia diretamente nas práticas forenses, sobretudo no que diz respeito ao direito à liberdade.

Saltava aos olhos a preocupação legislativa no tratamento do réu preso. A liberdade do acusado era exceção à época, sendo o recolhimento ao cárcere a primeira medida a ser tomada em caso de acusação.

Apontado um cidadão como o autor de um delito, este era imediatamente preso, salvo nos casos de crimes em que era permitido ao acusado livrar-se solto ou quando possuía título

²⁹ PIERANGELLI, op. cit. P. 56.

capaz de livrá-lo da condução ao cárcere, uma espécie de salvo-conduto geralmente fornecido às classes ligadas à fidalguia. Em geral, o acusado era levado à prisão tão logo se tivesse notícia da prática delitiva.

Conforme aponta José Henrique Pierangelli:

[...] o cidadão acusado como autor de um delito, ressalvada a hipótese de livrar-se solto, era imediatamente conduzido à prisão. [...] Para certos delitos, de acordo com a sua natureza, era permitido ao réu defender-se em liberdade. As exceções atingiam aqueles que tinham conseguido 'um seguro Real para livrar-se solto'.³⁰

Os presos provisórios eram, assim, levados às cadeias públicas, às fortalezas locais ou até mesmo a navios atracados nos portos, não havendo distinção de local em relação àqueles que já haviam sido declarados culpados e encontravam-se em cumprimento da pena correspondente.

Sobre as cadeias públicas durante o período colonial, aponta Ruy Rebello Pinho:

A cadeia pública de então parece não ficar atrás em defeitos da existentes nos dias de hoje". Numa carta ao Conselho dos XIX, os membros do Conselho de Justiça de Pernambuco referem 'que os escabinos lançavam à cadeia pessoas presas por dívidas, às vezes pessoas respeitáveis', 'no mesmo local onde estavam criminosos, negros, ladrões, assassinos, pelo que não só a saúde daquelas pessoas muito se ressentia, como ficavam tão intimidadas que preferia fugir para os matos abandonando tudo'.³¹

Em certos casos, de forma excepcional, o acusado podia defender-se em liberdade. Isso ocorria quando a natureza do delito não merecia o esforço da prisão.

Além disso, observa-se que a legislação da época não se ateve tanto aos fins das penas, tampouco sua proporcionalidade com o delito em regulamento. O crime de feitiçaria e encantos, por exemplo, assim como o trato ilícito de cristão com judia ou moura e o furto do valor de marco de prata, todos eram punidos com a pena de morte.

O crime de lesa-majestade, delito pelo qual Tiradentes foi condenado, foi adotado pelas ordenações com todo o tom odioso das leis imperiais, tanto quanto à qualidade do crime, quanto o modo de processar. Em crimes contra a Coroa, mais do que em outros delitos previstos à época, o acusado saltava aos olhos do Judiciário como número um dos culpados.

No que fosse adaptável, o sistema do processo criminal ordinário das Ordenações Filipinas seguia a mesma ordem e solenidades do processo civil ordinário. Os procedimentos

³⁰ PIERANGELLI. *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 80

³¹ REBELLO PINHO, Ruy. *História do Direito Penal Brasileiro: período colonial*. Ed. Única. P. 168.

estavam todos elencados de acordo com os delitos previstos, classificados em públicos ou particulares.

Nos crimes particulares, a acusação dependia: da querela, da inquirição sumária, do corpo de delito e da pronúncia. Por sua vez, nos crimes públicos, a acusação dependia: da querela ou da denúncia, da caução das custas, da emenda e satisfação, do corpo de delito e da pronúncia ou devassa, descreve Pierangelli.

A querela era a delação feita por terceiro perante o juízo criminal, acerca de um fato delituoso. Nos crimes públicos, podiam ser intentadas por quaisquer do povo. Nos crimes particulares, era privativa do ofendido.

Conforme previa o título CXVII, do Livro V, das Ordenações Filipinas, não haviam maiores formalidades no oferecimento das querelas, podendo querelar todos os que não estavam proibidos por lei.

Assim, bastava apenas o juramento de calúnia, no qual o querelante jurava “*aos Santos Evangelhos*” (Livro V, Título CXVII, 6), não incorrer em malícia ao apontar a prática delitiva a alguém, a declaração do tempo, do lugar e dos fatos envolvidos no crime, e instaurado estava o procedimento de investigação contra o acusado, que comumente era logo em seguida procurado e, na maioria dos casos, levado à prisão para interrogatório.

A denúncia, diferentemente do modelo contemporâneo, era a simples comunicação feita à Justiça acerca do cometimento de um crime público, para que o juiz pudesse dar abertura, de ofício, à investigação. Não havia formalmente um órgão responsável pela acusação. Conferia-se grande poder discricionário do Juiz, que podia agir de ofício, na maioria dos casos. A denúncia no período colonial assemelhava-se, assim, ao que hoje se denomina *noticia criminis*.

Lançada a querela ou denúncia, dava-se prosseguimento à colheita de provas e ao corpo de delito, que formavam, ambos, a base de todo o procedimento criminal. Ao final, todas as provas até então colhidas eram reunidas ao último e mais importante elemento de prova voltado à condenação do réu, seu interrogatório, momento em que era possível à autoridade judicial valer-se de diversos instrumentos voltados à busca da almejada confissão acerca dos fatos.

A importância dada a confissão na era colonial brasileira era tamanha que, não sendo satisfatórias as declarações dadas pelo acusado, ao Juiz era permitido proceder a quantos interrogatórios julgasse necessário, além de valer-se de *tormentos*, que consistiam em perguntas feitas diretamente pelo Juízo ao réu, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de torturas.

Veja -se o que previa o título CXXXIII, do Livro V das Ordenações Filipinas:

Dos tormentos

Não se pode dar certas formas quando e em que casos o preso deve ser metido a tormento, porque pode ser contra elle hum só indicio, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convêm a saber se ele tiver confessado fora do Juizo, que fez o maleficio, porque he acusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de autoridade e dignas de fé, ou se preso se assentou da terra polo dito maleficio, antes que dele fosse querelado, com outro algum pequeno indicio. E poderão ser contra elle muitos indícios tão leves e fracos, que todos juntos não bastarão para ser metido a tormento; por tanto, ficará no arbitrio do Julgador, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra o preso.³²

Observa-se, assim, que não havia previsão específica acerca dos casos em que o Juiz podia utilizar-se dos tormentos como meio de prova, ficando esta ferramenta à conveniência do Magistrado.

Conforme destacava o texto legal, a necessidade “*ficará ao arbitrio do Julgador*”, devendo este apenas “*examinar bem toda a inquirição dada contra o preso*”. Eram suficientes ao uso dos tormentos, pelo texto legislativo, a confissão dada fora do Juízo e não ratificada perante a autoridade judicial, uma testemunha que afirme ter visto o réu na prática delitiva, ou então a ostentação de “*fama publica*” como delinquente.

E continuava o texto:

Quando o acusado for metido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posto, ser-lhe-ha repetido em três casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra eles muitos e grandes indícios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o maleficio, não deixa o Julgador de crer que elle o fez: o segundo caso he, se depois que huma vez foi metido a tormento, sobrevierão contra ele outros novos indícios: o terceiro caso he, se confessou no tormento o maleficio, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juizo, negou o que no tormento tinha confessado.³³

Este excerto não deixa dúvidas da importância dada à confissão como meio de prova ao édito condenatório no período colonial. Submetido a tormento, não havia opção ao réu de

³² PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Jalovi, 1980. P. 132.

³³ PIERANGELLI. *Códigos Penais do Brasil*. P. 133.

negar os fatos, tampouco silenciar-se a respeito. Tanto é que o texto legal dispôs que, caso o acusado negasse a culpa, os tormentos poderiam ser repetidos em três casos: o primeiro, quando o Juiz não se convencer da negação proferida pelo preso; o segundo, quando já negados os fatos, sobrevierem novas provas; o terceiro, quando o acusado tiver confessado os fatos nos tormentos, mas se recusar a ratificá-los em Juízo.

É importante destacar, não havia dúvida acerca da autoria do crime a ser interpretada em favor do réu. Havendo dúvida, era dever do Magistrado proceder às medidas necessárias à sua eliminação, sempre voltada à busca da condenação do acusado, estando à disposição do Juiz diversos meios para tal.

Por disposição legal, fidalgos, cavaleiros, doutores em Cânones, Leis ou Medicina, Juizes e Vereadores, não podiam ser submetidos a tormentos, a menos que fossem acusados de crime de lesa-majestade e outros crimes contra a realeza previstos nas ordenações.

Ao lados das querelas e denúncias, existiam também as chamadas *devassas*, que eram inquirições procedidas a fim de se buscar maiores informações acerca de determinados delitos. Eram classificadas em devassas gerais e devassas especiais.

As devassas gerais supunham a existência de um delito o qual apenas a autoria era incerta. Diziam-se gerais porque eram instauradas de forma corriqueira, especialmente quando juízes começavam a servir em seus cargos, de forma a garantir a ordem social. As devassas especiais eram instauradas quando do cometimento de determinados crimes específicos, que mereciam resposta pronta e imediata, como no caso exposto de Tiradentes.

Em regra, as testemunhas a serem inquiridas nas devassas não podiam passar de trinta, mas em determinados crimes, tendo-se em vista a busca incessante pela condenação, este número era em muito superado.

Como não havia citação do réu investigado em devassa, muitas vezes este era pego de surpresa, com prisão ou com requerimento de inquirição forçada. Além disso, nesses procedimentos, era permitido ao réu abrir mão do contraditório, assim como da ratificação de provas em Juízo, de forma a viabilizar o rápido alcance à condenação.

"Como eram procedidas sem citação da parte, as devassas não eram consideradas inquirições judiciais para o efeito de julgamento, sem que as testemunhas fossem

*reperguntadas. Não havia necessidade dessa reiteração, para os casos de prisão preventiva e também se o réu assinasse um termo dispensando a reiteração “para que houvesse como judiciais”*³⁴, explica Pierangelli.

Por fim, apesar de haver previsão legal acerca da possibilidade de apelação das decisões proferidas pelos juízes locais, poucos eram os processos levados à segunda instância, em razão das dificuldades, tanto materiais, quanto formais.

Até pouco mais de cem anos após o descobrimento do Brasil, não havia segunda instância propriamente dita. O primeiro tribunal de apelação foi instalado na colônia apenas no ano de 1609, com a criação da Relação da Bahia. A Relação do Rio de Janeiro foi criada quase 150 anos depois, no ano de 1751, também como tribunal de apelação.

Instrumentos voltados ao combate de ilegalidades de decisões restritivas de liberdade não eram previstas no sistema processual colonialista. A figura do *habeas corpus* surgiu apenas com a primeira Constituição brasileira, datada do ano de 1824. O que era previsto apenas pelas ordenações do reino era o pedido de reconsideração ao Juízo quanto à determinação da prisão, que raramente era concedido, sobretudo em crimes considerados graves.

2.2. A vinda da família real para o Brasil

Em meio ao cenário das guerras napoleônicas na Europa, sem meios de resistir à invasão francesa, o Príncipe Regente D. João e Família Real deixaram a cidade de Lisboa na madrugada do dia 29 de novembro de 1807, aportando na cidade de Salvador na data de 22 de janeiro de 1808.

A partir de então, uma série de atos emanados da Corte portuguesa foram responsáveis por grandes transformações políticas, sociais e econômicas, com destaque para a mudança na legislação vigente e no Poder Judiciário operante no Brasil.

Por meio de Alvará, a casa da Relação da cidade do Rio de Janeiro foi elevada à categoria de Casa da Suplicação, tornando-a uma espécie de Superior Tribunal de Justiça aos olhos de hoje. Sem dúvidas, aumentou-se a facilidade em apelar das decisões dos juízes,

³⁴ PIERANGELLI. *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 65.

diminuindo, por decorrência, a insegurança jurídica dos que respondiam criminalmente perante o Judiciário.

Buscando resolver a grave situação carcerária que havia se instalado na Colônia, principalmente em decorrência da grande quantidade de presos provisórios e presos que já haviam cumprido as penas correspondentes, uma das primeiras medidas adotadas pelo príncipe D. João foi determinar que *“todos os que forem mandados prender pelo Intendente Geral da Polícia, ou a requerimento das partes, para lhes formarem depois as culpas [...] sejam soltos em virtude das sentenças em que forem julgados livres, sem dependência de nova determinação do mesmo Intendente Geral de Polícia”*³⁵.

No período que antecedeu a independência brasileira, quando D. Pedro já havia permanecido no Brasil como príncipe regente, importante decreto em relação às garantias e liberdades individuais foi lançado.

Nele, dispunha o príncipe D. João sobre a impossibilidade de recolhimento à prisão sem ordem escrita da autoridade judicial. Frisa-se, a necessidade era apenas de ordem escrita, não havendo menção à necessidade de fundamentação. Veja-se:

[...] ordeno, que desde a sua data em diante, nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do Juiz, ou Magistrado Criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do Povo deve prender o delinquente. Ordeno, em segundo lugar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes assim o fato, que em Lei expressa seja declarado culposos, com a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente. Determino, em terceiro lugar que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas, peremptórias improrrogáveis e contadas do momento da prisão.³⁶

A vinda da família Real ao Brasil, sem dúvidas, foi a responsável pela alteração de todo o panorama jurídico existente até então. Em um curto espaço de tempo, os órgãos jurídicos de um Estado em pleno funcionamento (Portugal), foram efetivamente transferidos e colocados em atividade num território marcado pela deficiência de normas, instituições e, principalmente, de uma carta de princípio básicos a serem observados.

³⁵ PIERANGELLI, *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 77.

³⁶ PIERANGELLI, op. cit. P. 78

2.3. Conclusão sobre a presunção de inocência no período colonial

Da análise dos instrumentos empreendidos pelo sistema processual do período colonial, profundamente marcado pelo modelo inquisitório, não se pode concluir algo diverso além da inexistência de qualquer sinal de presunção de inocência. Mais do que isso, pode-se concluir que na época colonial imperava nitidamente a presunção de culpa do acusado perante os órgãos judiciais.

Dentre as nove características de um sistema receptivo ao princípio da presunção de inocência elencadas no primeiro capítulo, nenhum deles é possível visualizar no sistema processual penal do período colonial.

Como visto, não havia distinção entre órgão julgador e órgão acusador, misturando-se ambas as funções na figura do Juiz inquisidor. Se durante a fase processual não havia presunção de inocência a ser observada, tampouco há o que falar a respeito na fase preliminar à instauração do processo, sendo o recolhimento à prisão, em geral, a primeira medida a ser tomada pela autoridade policial em caso de suspeita ou flagrante delito. A prisão preventiva era a regra. A liberdade, exceção.

No período colonial era evidente a importância dada ao interrogatório do réu como procedimento voltado à extração da tão almejada confissão, elevada pelo sistema processual penal como a rainha das provas, de forma que ao Juiz era permitido a utilização de torturas e crueldades como métodos auxiliares em caso de recusa do acusado em cooperar com as atividades judiciais, não havendo qualquer resquício de garantia do acusado em não produzir prova contra si mesmo. Não havia *in dubio pro reo* a ser observado. Em caso de dúvida, era dever do Juiz saná-las, tendo sempre em mente a busca do édito condenatório.

Conforme destaca Mauricio Zanoide de Moraes, “*como o sistema tinha como pressuposto um ser humano como o cerne e a fonte de todo o mal e o inimigo do Estado, não haveria espaço para qualquer aceitação efetiva da ideia de sua presunção de inocência*”³⁷, observação que se encaixa perfeitamente aos moldes processualistas penais do Brasil colônia.

Em um sistema regido pelo pato colonial, no qual um território se submete ao *imperium* de um Estado soberano, surpresa alguma há na constatação de que todos os

³⁷ ZANOIDE DE MORAES, Mauricio. *op. cit.* P. 68.

institutos processuais desta época foram criados e operados para que em nada favorecessem a posição de inocência do acusado, já que não era a intenção da metrópole conferir maiores vias de abertura à ação repressiva em suas colônias.

A era colonial, sem dúvidas, foi o mais perfeito exemplo do que se deve entender por um sistema fundado na presunção de culpa.

3. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO IMPERIAL (1822 - 1889)

3.1. A influência dos ideais iluministas

Cedo ou tarde, todo sistema inquisitivo conduz à sua própria deslegitimação em razão de suas falhas intrínsecas, tanto lógicas, quanto psicológicas. O procedimento exclusivamente inquisitivo adotado no Brasil até o Império, embora com um fim tardio, não fugiu à essa regra.

Em um final destemperado e ilegítimo do período colonial brasileiro, restaram as maiores marcas e lições do que um sistema processual penal minimamente equilibrado e justo não deve ser. Foi com o modelo exclusivamente inquisitório operante no período colonial que o processo penal brasileiro conheceu, por pouco mais de três séculos de história, a sua pior forma.

Os anseios e ideais iluministas trazidos pela vinda da família real portuguesa ao Brasil não deixaram margem à sustentação do modelo inquisitivo de poder. Ao menos não em sua totalidade. O novo paradigma de Estado que estava a ser erguido pós independência necessitava da percepção de que o sistema criminal do período colonial, mais do que em outros sistemas inquisitivos do Direito, era a maior fonte de abusos e desmandos da política até então predominante.

Pode-se dizer que profundas foram as alterações ocorridas no Brasil, sobretudo no Poder Judiciário e Legislativo em quatorze anos, compreendidos desde a chegada da família real (1808) e a independência do Brasil (1822), quando comparado com os três séculos em que o Brasil viveu sob o manto das arbitrariedades portuguesas. O governo independente que se levantava, porém, estava longe de se tornar um exemplo de democracia e se desvencilhar das amarras da inquisição colonialista.

3.2. A independência e a necessidade de construção de uma identidade jurídica nacional

Dirigido pela aristocracia, sem contar com a participação popular, o processo de independência colocou um fim ao pacto colonial a que se submetia o Brasil perante Portugal.

Nos planos sociais e econômicos, não houve mudanças significativas, continuando o Brasil sob dependência financeira, sobretudo da Inglaterra. No plano político, porém, as mudanças foram substanciais.

Estava-se diante de um cenário em que todo o aparelhamento estatal era estrangeiro. A necessidade de leis, regulamentos, operadores e instituições genuinamente brasileiras era evidente. A formação de uma cultura jurídica nacional era necessária.

Sobre a necessidade da formação de uma cultura jurídica nacional, leciona Antônio Carlos Wolkmer:

Numa análise mais acurada constata-se que dois fatores foram responsáveis pela edificação da cultura jurídica nacional ao longo do séculos XIX. Primeiramente, a criação dos cursos jurídicos e a conseqüente formação de uma elite jurídica própria, integralmente adequada à realidade do Brasil independente. Em segundo, a elaboração de um ‘notável arcabouço jurídicos no Império: uma constituição, vários códigos, leis, etc.[...]

Com a criação dos primeiros cursos jurídicos, o aparecimento do bacharel em Direito acabou impondo-se como uma constante na vida política brasileira. Trata-se não só da composição de cargos a serviço de uma administração estatal em expansão, mas, sobretudo, representava um ideal de vida com reais possibilidades de segurança profissional e ascensão a um *status* social superior.³⁸

É neste cenário que o movimento constitucionalista ganhou força. O Brasil necessitava de uma carta de princípios a servir de norte à nação, agora livre e independente. A empreitada seguida em direção à elaboração da primeira Constituição brasileira, porém, não foi das mais pacíficas.

Como bem aponta José Henrique Pierangelli:

Antes mesmo da oficialização da nossa emancipação política, o Príncipe Regente [...] decretava a convocação de uma Assembléia Constituinte e Legislativa, que deveria elaborar o ‘código fundamental do Império’. Em 3 de maio de 1823, instalou-se a Constituinte, com a presença do Imperador, que na sua primeira ‘Fala do Trono’, acentuou que defenderia com a sua espada a Constituição que a Assembleia fizesse, se fosse digna dele. Essa afirmação do Imperador criou uma desconfiança no seio da Assembleia e os debates assumiram um caráter violento, pois os constituintes, em grande número, estavam decididos a refundir o projeto encaminhado pelo governo imperial e exercer a soberania nacional sem objeção das prerrogativas pessoais do Imperador. [...].³⁹

Descontente com os rumos tomados pela Constituinte responsável pela elaboração da primeira Carta Magna brasileira, em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a assembleia e nomeou um Conselho de Estado para elaborar uma Constituição, sob sua orientação direta e pessoal. Embora a tentativa de dar ares democráticos à Constituição, a

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 80 e 98.

³⁹ PIERANGELLI, *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 85

primeira Carta magna brasileira foi outorgada ao País em 25 de março de 1824, com características liberais, mas, também, absolutistas.

3.3. A Constituição de 1824: as primeiras garantias fundamentais do cidadão

A Carta Constitucional de 1824 estabeleceu a monarquia hereditária como forma de governo. Dentre outras disposições, estabeleceu a divisão político-administrativa do território em províncias e a separação do poder político em quatro ramos: poder executivo (exercido pelo Imperador e Ministros do Estado), poder legislativo (formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado), poder judiciário (formados pelos juizes e tribunais) e poder moderador (definido como a “*chave de toda a organização política*” - art. 98, da Constituição de 1824), que era exercido pelo Imperador, conferindo-lhe o poder de intervir nos demais poderes estatais.

A dualidade entre liberalismo e absolutismo era claro na primeira Constituição brasileira. Ainda assim, pode-se afirmar que foi a legislação com maior força normativa a prever direitos e garantias fundamentais ao cidadão, até então nunca previstos na ordem jurídica brasileira.

O artigo 179 da Carta Magna do Império definiu os “*direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*”. Logo no primeiro inciso do referido artigo, ficou positivada no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da legalidade: “*Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei*”.

O princípio da liberdade de expressão também teve seu lugar na Constituição (inciso IV), assim como a liberdade religiosa (inciso V) e a inviolabilidade da moradia (inciso VII).

No art. 163, a Constituição Imperial criava o *Supremo Tribunal de Justiça*, o bojo do Supremo Tribunal Federal como conhecido nos dias atuais. Definia o art. 164 da Constituição suas competências iniciais que, posteriormente, foram ampliadas. Veja-se:

Art. 164. A este Tribunal Compete:

- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

Em relação aos Direitos e Garantias básicos no Processo Penal, observa Pierangelli que a Constituição de 1824 estabeleceu “*preceitos e princípios garantidores de um processo criminal antagônico do que vigorava sob a égide do Livro V, das Ordenações. Nele vinham estabelecidos as garantias mais caras ao espírito liberal do século*”⁴⁰.

De fato, comparando-se os mais de trezentos anos em que o Brasil viveu sob o manto de arbitrariedades e inobservâncias aos direitos considerados fundamentais, as garantias previstas na Carta de 1824 marcaram o início de um tratamento humanitário aos que eram acusados criminalmente.

Com relação à prisão, a Constituição previa a impossibilidade de recolhimento provisório sem a devida culpa formada, bem como a possibilidade de se manter o acusado preso nos casos em que este podia livrar-se solto por meio de fiança, além de disposições acerca da prisão em flagrante. Veja-se:

Art. 179. [...]

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos lugares da residencia do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

O princípio da legalidade e do Juiz Natural também foram recepcionados, dispondo a Constituição que “*Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescrita*” (inciso XI, do art. 179, da CF/1824).

Já o princípio da humanidade da pena foi recepcionado, em parte, pela Constituição Monárquica, de modo que ficaram abolidas algumas penas cruéis, tais como os açoites e as torturas, mas mantidas as penas de morte, galés e degredo em relação a determinados crimes.

⁴⁰ PIERANGELLI, *op. cit.* P. 86.

Houve previsão, também, do princípio da intranscendência das penas, de modo a estabelecer que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente” (inciso XX, do art. 179, CF/1824).

Mesma sorte, porém, não teve o princípio da presunção de inocência na Constituição de 1824, e assim se manteve até a Constituição Republicana de 1988. O processo criminal no Império continuava sob a mentalidade da presunção de culpa, seguindo a herança do sistema processual colonialista.

3.5. O Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância

Embora determinasse a Carta de 1824 a urgência na elaboração de um Código Criminal e de um Código de Processo Criminal, o primeiro somente foi editado seis anos após a outorga da Constituição, em 16 de dezembro de 1830, sob o nome de *Código Criminal do Império*. O segundo, em 23 de novembro de 1832.

Diversas eram as originalidades trazidas pelo primeiro Código Criminal do Brasil, tendo influenciado diversos Códigos Penais de países da América Latina, que também estavam em recente independência.

Em estudo às codificações penais brasileiras, José Henrique Pierangelli assim se posicionou a respeito do Código Criminal do Império: *O Código, como todos, não era perfeito, o que originou uma série de críticas [...]. Não definia a culpa, referindo-se tão somente ao dolo. [...] O escravo recebeu no estatuto tratamento desigual, embora assegurasse a Constituição a igualdade de todos perante a lei.*⁴¹

Antônio Carlos Wolkmer, por sua vez, definia o Código Criminal de 1830 como “*um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. Ainda que tenha conservado a pena de morte [...] orientava-se, de um lado pelo princípio da legalidade, ou seja, a proporcionalidade entre o crime e a pena; de outro, pelo princípio da personalidade das penas, devendo a aplicação da pena incidir exclusivamente no condenado, não se estendendo aos descendentes*”⁴²

⁴¹ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica*. São Paulo: Jalovi. 1980. P. 9.

⁴² WOLMER, *op. cit.*. P. 86.

Em seu título I, o Código Criminal do Império previa os crimes “*contra a existência política do Império*”, os chamados crimes de lesa-majestade do período colonial. Estes crimes, seguindo-se a mesma toada do período colonial, previam as maiores penas possíveis dentro do sistema criminal. Alguns eram punidos com prisão perpétua, como o atentado contra a independência ou integridade do Império (art. 68), outros com a pena de galés, como no crime de pirataria (art. 82).

Ao crime de conspiração (art. 107), previa-se o “*desterro para fóra do Império por quatro a doze annos*”⁴³. Ao crime de Insurreição (art. 113), era previsto “*aos cabeças, a morte no grão maximo*”⁴⁴.

Sem exceção, todos os crimes contra a Coroa eram tratados com o mesmo rigor observado no período colonial, saltando o réu aos olhos da monarquia como verdadeiro culpado quando o que estava em jogo era a segurança do Império.

Dois anos após o Código Criminal do Império, foi editado o primeiro Código de Processo Penal Brasileiro, sob a denominação de *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, em 29 de novembro de 1832.

Destaca Pierangelli:

O Código de Processo Criminal foi considerado por Aurelino Leal como a mais brilhante vitória no domínio da Justiça. Pandiá Calógeras o julgou como formoso monumento de saber jurídico e de espírito liberal, enquanto César Tripoli, o considera como expoente da cultura jurídica que caracterizava a intelectualidade da época. Carpenter acentuou a sua simplicidade e benfazejo sentimento de tranquilidade e segurança. [...] Para José Frederico Marques, o Código era a síntese ‘dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e da nação’, pois, ‘graças a ele, perdeu, nas leis nacionais um acentuado espírito antiinquisitorial que nos preservou o processo penal, de certos resíduos absolutistas que ainda existem nos códigos europeus’⁴⁵

Não se pode negar, é claro, o imenso salto que o Código de Processo Criminal trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em comparação ao trato dado ao processo criminal no Livro V das Ordenações Filipinas.

Ao lado de elogios, no entanto, o Código Processualista sofreu severas críticas, sobretudo pelo seu conteúdo demasiadamente liberal para a mentalidade do governo ainda

⁴³ PIERANGELLI, *op. cit.* P. 198.

⁴⁴ PIERANGELLI, *op. cit.* P. 200

⁴⁵ PIERANGELLI. *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 98

ligada ao período colonial. O Código de Processo Criminal, aliado à Constituição do Império, conferia ao acusado criminal uma série de garantias e direitos fundamentais, ao passo que o poder público não se armava dos meios necessários aos seus cumprimentos.

A codificação processual adotou aos procedimentos judiciais o sistema misto, ou eclético, combinando características do sistema inquisitivo, herança do antigo sistema colonial, com o sistema acusatório. A balança, entretanto, ainda pendia para o lado inquisitivo do sistema processual.

O Código foi dividido em duas partes: a primeira cuidava da organização judiciária, e a segunda, da forma do processo. Na parte relativa à organização judiciária, novidade ficava por conta da aparição das primeiras normas genuinamente brasileiras relativas ao Ministério Público.

No período imperial, o ministério público não desempenhava as funções reconhecidas atualmente como privativas do órgão ministerial. A atuação do Ministério Público era ainda demasiado incipiente nos primeiros anos de Império, o que obrigava o Juiz a quase sempre proceder de ofício em matéria de acusação.

Observa Pierangelli:

O Código do Processo Criminal de Primeira Instância retratou bem a situação do Ministério Público daquela época, ainda sem a reclamada organização, defeitos que, é bem verdade, atingiam também a Magistratura. Reservou-lhe o Código a Secção II, do Capítulo III, composta dos artigos 36, 37 e 38, o primeiro dos quais foi derogado pela Lei de 3 de dezembro de 1841. [...] o desenvolvimento desse órgão da justiça, [todavia, projetou-se] com a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, que realizou a Reforma Judiciária. [...] ⁴⁶

Na segunda parte do Código, que dispunha sobre a forma do processo, a queixa e a denúncia foram reguladas semelhante ao que era previsto no período colonial. A queixa era de competência do ofendido, ou de seu representante, ao passo que a denúncia podia ser oferecida por qualquer do povo, mas, agora também pelo Promotor Público, evidenciado um sensível avanço rumo à separação entre órgão acusador e órgão julgador.

Em relação à prisão, apesar de alguns avanços, o modo com que era tratado o recolhimento cautelar no período imperial em pouco diferia, no geral, do modelo colonialista presente nas Ordenações Filipinas.

⁴⁶ PIERANGELLI, *op. cit.* P. 191-192.

Sobre a prisão em flagrante, previam os arts. 132 e 133 do Código do Processo Criminal do Império :

Art. 132. Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Art. 133. Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dêr; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no Capitulo seguinte.

Veja-se que os dispositivos previam a quem fosse preso em flagrante uma espécie de interrogatório preliminar, antes mesmo da formação da culpa, procedido diretamente com o Juiz, através do qual, verificada mera “*suspeita contra o conduzido*”, deveria o Juiz obrigatoriamente converter a prisão em flagrante em preventiva.

Verifica-se, assim, que em caso de flagrante delito, o Código do Processo Criminal de Primeira Instância previa hipótese de prisão automática, necessária ao início da persecução criminal.

No que concerne à prisão preventiva, além das disposições constitucionais (art. 179, VIII e X), o Código do Processo Criminal de Primeira Instância dispunha sobre a matéria em seus arts. 175 a 188.

Destaque para o art. 175 do Código Processual, que regulava o dispositivo constitucional que previa exceção à prisão preventiva sem a devida culpa formada:

Art. 175. Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da auctoridade legitima.

Assim sendo, não havendo previsão em que era cabível fiança e não se tratando de flagrante delito, poderia o acusado ser conduzido à prisão, desde que houvesse ordem escrita da autoridade competente, não havendo maiores disposições acerca da necessidade de fundamentação da decisão, tampouco a existência de requisitos ao recolhimento preventivo do acusado.

Para que a prisão fosse legítima, bastava a observância do que dispunha o art. 176 do Código de Processo Criminal:

Art. 176. Para ser legítima a ordem de prisão é necessário:
§1º. Que seja dada por auctoridade competente.
§2º. Que seja escripta por Escrivão, assignada pelo Juiz, ou Presidente do Tribunal, que a emittir.

§3º. Que designe, a pessoa, que deve ser presa, pelo seu nome, ou pelos signaes característicos, que a façam conhecida ao Official.

§4º. Que declare o crime.

§5º. Que seja dirigida ao Official de Justiça

Eram medidas previstas e devidamente justificáveis o emprego da força para a condução do réu ao cárcere, assim como a possibilidade de morte do acusado, em caso de resistência que trouxesse perigo ao official de justiça executor da ordem judicial. Veja-se:

Art. 182. Se o réo resistir com armas, o executor fica autorizado a usar daquellas, que entender necessarias para sua defesa, e para repellir a opposição; e em tal conjuntura o ferimento, ou morte do réo é justificavel, provando-se que de outra maneira corria risco a existencia do executor.

Observa-se, portanto, que até mesmo sem a devida formação da culpa, ou seja, ainda que não devidamente constada provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, nos casos em que os crimes pelos quais fossem acusados não permitissem a soltura mediante fiança, podia o acusado da prática de infração penal ser conduzido ao cárcere preventivo. O único requisito a ser observado era a existência de ordem escrita por parte do Juiz, não havendo menção sobre a necessidade de fundamentação da decisão.

O art. 98 do Código, por sua vez, previa o procedimento referente ao interrogatório do acusado. Foram abolidos os tormentos, qualquer meio vexatório ou emprego de força física para compelir o réu a reportar-se acerca dos fatos. Não havia previsão, porém, sobre a possibilidade de o réu manter-se em silêncio ou de se reportar apenas a fatos que sejam de seu interesse. Destarte, o réu era obrigado a responder as perguntas formuladas pelo Juízo.

Assim dispunha o referido artigo:

Art. 98. O Juiz mandará ler ao réo todas as peças comprobatorias do seu crime, e lhe fará o interrogatorio pela maneira seguinte:

§ 1º Qual o seu nome, naturalidade, residencia, e tempo della no lugar designado?

§ 2º Quaes os seus meios de vida, e profissão?

§ 3º Onde estava ao tempo, em que diz, aconteceu o crime?

§ 4º Se conhece as pessoas, que juraram contra elle, e desde que tempo?

§ 5º Se tem algum motivo particular, a que attribua a queixa, ou denuncia?

§ 6º Se tem factos a allegar, ou provas que o justifiquem, ou mostrem sua innocencia?

Não havia no período imperial a previsão acerca da postura a ser tomada pelo Juiz em caso de dúvida, estando o princípio do *in dubio pro reo* longe, ainda, de uma efetiva observância.

Por decorrência do tratamento humanitário previsto ao interrogatório do réu, a importância dada à prova relativa à confissão do acusado também foi alterada. Não mais se

via a confissão como a prova irrefutável do cometimento do crime. Conforme previa o art. 94, havia necessidade de a confissão ser contraposta às demais provas e circunstâncias do fato.

Na prática, porém, apesar de não considerada mais como a rainha das provas, a confissão adquiria, ainda, um peso superior às demais provas colhidas. Havendo a confissão do réu e sendo esta coerente com os fatos narrados, o crime estava devidamente comprovado. Não era tarefa do Juiz perquirir sobre a voluntariedade ou a ausência de vícios nas informações prestadas pelo interrogado.

3.6. O *habeas corpus* no Direito Brasileiro

Pode-se afirmar que a instituição do *habeas corpus* no ordenamento jurídico imperial, através de sua previsão no Código do Processo Criminal de Primeira Instância foi o primeiro grande marco rumo à garantia do direito fundamental do cidadão à liberdade e, por decorrência, um grande passo rumo à observância de seu estado de inocência.

O instituto era citado na Parte III, Título I, do Código Criminal de 1830, que nos artigos 183 a 188, definiam os crimes contra a liberdade individual. O art. 183 dispunha sobre a punição dos juizes que se negassem a conceder a ordem quando esta fosse legal, enquanto o art. 184 incriminava os meirinhos que retardassem a intimação de uma ordem de soltura. O *habeas corpus* no Código Criminal do Império surgia, assim, como pretensão.

Como ação e remédio à prisão ilegal, foi com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância que o *habeas corpus* ganhou sua forma.

Conforme ilustra José Henrique Pierangelli: "*nosso país, por primeiro, conheceu o denominado habeas corpus liberatório, cujos limites foram, pouco a pouco, sendo alargados pelos jurados dos nossos tribunais, passando a proteger não só os cidadãos brasileiros, mas também os estrangeiros e abranger, igualmente, os casos de ameaça de prisão*"⁴⁷

A ordem de *habeas corpus* podia, à época em que foi instituído, ser concedida *ex officio*, sempre que, no curso do processo, chegasse ao conhecimento do Juiz, por prova documental ou testemunhal, que alguém se achava em prisão ilegal.

⁴⁷ PIERANGELLI. *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 207.

A concessão da ordem era de competência privativa dos juízes de direito, das Relações ou do Supremo Tribunal Federal, sendo vedada a concessão do *writ* por parte de juízes municipais.

A ordem, desde sua previsão inicial, era isenta de custas, ressalvadas as demais peças que compunham o processo. Em acórdão datado do ano de 1959, destaca Pierangelli, foi determinado que, “*antes de conceder a ordem, deveria o juiz pedir esclarecimento às autoridades que ordenaram a prisão*”, prática que foi conservada ainda nos dias atuais na análise do pedido de *habeas corpus*.

Próximo ao fim do período imperial, importante Lei, de nº 2.033, de 1871, ampliou o remédio constitucional para além do que previa o Código do Processo Criminal de 1832, prevendo a ordem não apenas àqueles que já se encontravam com sua liberdade ilegalmente restringida, mas, também, aos que estavam na iminência de sofrê-la.

É o que previa o art. 18 da lei em comento:

Art. 18. Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de *habeas corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Policia ou de qualquer outra autoridade administrativa e sem exclusão dos editos a titulo de recrutamento, não estando ainda alistados como praças do exército ou armada. [...]

§1º Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado.

Em seu parágrafo segundo, o art. 18 da Lei nº 2.033/1871 ressaltava a impossibilidade de se reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronúncia, assim como da sentença condenatória exarada pela autoridade competente.

Em resumo ao *habeas corpus* no ordenamento jurídico imperial, assim finaliza José Henrique Pierangelli: “*acerca do writ [...] queremos assinalar três fatos que servirão para uma melhor compreensão do que até agora ficou exposto: a) o sentimento da instituição do habeas corpus, levado ao máximo grau compatível com o regime e os seus costumes; b) a tendência para as ampliações generosas e assecuratórias da liberdade [...]; c) a reverência, o perceptível propósito, a lucidez no dizer a lei, o escrúpulo no limitar [...]*”⁴⁸

3.7. Conclusão sobre a presunção de inocência no período imperial

⁴⁸ PIERANGELLI, *op. cit.* P. 209-210.

Se no período colonial o sistema processual penal vigente no Brasil alcançou o maior grau de proximidade possível com a inquisitividade, foi no período Imperial que houve o início de seu afastamento, com a conseqüente aproximação, ainda tímida, à observância ao estado de inocência do acusado.

O Brasil constituiu-se como nação independente em um momento histórico em que o liberalismo emergia como nova concepção de mundo, impregnado por valores, ideias e interesses individuais, que nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer, eram “*traduzíveis em regras e instituições, e vinculado à condução e à regulamentação da vida pessoal em sociedade*”⁴⁹. Tais valores, sem dúvidas, influenciaram no modelo jurídico a ser implementado no Brasil recém independente.

O choque com o modelo absolutista de poder, no entanto, evidenciado na centralização da chefia do Poder Executivo na Monarquia, impediu maiores avanços liberais no ordenamento jurídico imperial. Não se pode negar, todavia, a evolução, ainda frágil e sensível, ocorrida rumo ao reconhecimento da presunção de inocência do acusado

Pela primeira vez o país teve direitos fundamentais da pessoa e do cidadão reconhecidos em nível constitucional. Reconheceu-se, como nunca outrora ocorrido, a necessidade de maior regulamentação e controle acerca da restrição da liberdade do acusado. O trato com a prisão foi a matéria de maior destaque nas regulamentações normativas do período imperial.

A partir da Constituição de 1824, era regra a impossibilidade de decretação de prisão sem a devida formação da culpa. Apesar de ainda não devidamente separadas as funções de acusador e julgador, com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, deu-se maior destaque à figura do Ministério Público, como órgão competente, também, da tarefa de acusar.

O tratamento cruel, as intimidações verbais, os castigos físicos e as torturas foram abolidas do procedimento referente ao interrogatório do acusado, de modo a refletir diretamente no tratamento dado à confissão, que não mais passou a ser considerada a mais importante das provas, apesar de ainda conservar seu caráter superior.

⁴⁹ WOLKMER, *op. cit.* P. 74.

Inédito na história jurídica brasileira, a previsão do remédio constitucional do *habeas corpus* constituiu-se um marco ao reconhecimento do estado de liberdade do acusado, notável evolução no caminho rumo à observância aos direitos de liberdade.

Apesar de todo avanço, não se pode concluir que o sistema processual penal da era imperial não era baseado na presunção de culpa do acusado, no mesmo compasso da conclusão chegada no período colonial.

Não obstante a maior regulamentação, a herança trazida pelo colonialismo acerca da existência constante de um inimigo do Estado a ser combatido com todas as forças pelo aparato estatal, sobretudo ao se tratar de crimes contra a Coroa, ainda permeava nas práticas e nos costumes forenses.

Não havia previsão acerca do direito do réu em permanecer em silêncio, devendo este obrigatoriamente se reportar ao Juiz na forma estabelecida em lei, assim como não havia previsão acerca da postura a ser adotada pelo Juiz em caso de dúvida decorrente da insuficiência de provas.

Preso em flagrante, o réu era logo submetido a interrogatório e, verificados mínimos indícios de autoria, era determinada sua condução automática ao recolhimento carcerário. Não existiam critérios ou parâmetros à decretação da prisão preventiva, tampouco situação de excepcionalidade a ser reconhecida, bastando a existência de ordem escrita, sem necessidade de fundamentação, da autoridade judicial competente.

Tratado como culpado desde o início da persecução criminal, a sentença era, assim como nos moldes colonialistas, um meio de ratificação da culpa já reconhecida preliminarmente pelo Estado.

Em suma: apesar do tratamento mais humanitário conferido ao réu, não havia presunção de inocência a ser reconhecido como direito fundamental do acusado no sistema processual penal do Brasil imperial.

4. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PERÍODO REPUBLICANO

A Monarquia brasileira veio ao fim em 15 de novembro de 1889. Afirmam os historiadores que a queda do sistema monárquico se deu, principalmente, por ter se tornado um modelo de governo insustentável aos anseios das classes dominantes da época, sobretudo os cafeicultores e o exército brasileiro, ambos afastados pela monarquia na tomada de importantes decisões nacionais.

Outros estudiosos, como Bolívar Lamounier, sociólogo e cientista político brasileiro, afirmavam que, “*na verdade, a monarquia se decompsusera [...] desmilinguira sob o peso do desinteresse popular e do desânimo do próprio imperador*”⁵⁰.

Com a queda do Império, a proclamação da República gerou expectativas em torno da criação de um novo pacto social, no qual fossem incluídos grupos até então marginalizados politicamente. No entanto, desde o início da República, ficou claro que os mais humildes deveriam contentar-se com sua posição social e que tentativas de alteração da ordem ou expressões de desagrado seriam prontamente reprimidas pelo Estado. São exemplares as reações governamentais a movimentos de grande expressão como a Guerra de Canudos (1896-1897), a Revolta da Vacina (1904), a Revolta da Chibata (1910) e a Guerra do Contestado (1912 - 1916).

Adentrando-se a análise da presunção de inocência no período republicano, devido as particularidades existentes em determinados anos da República, as épocas a serem analisadas são: a República Velha (1889 - 1930), a Era Vargas (1930 - 1945), o Regime Militar (1964 -1985) e a República pós constituinte de 1988 aos dias atuais.

4.1. A organização da Justiça durante a República Velha

Costuma-se referir ao período entre 1889 até a eclosão da Revolução de 1930, que colocou Getúlio Vargas na chefia do Poder Executivo brasileiro, como a *República Velha*, em atenção aos primeiros anos da República, no qual esta, ainda incipiente, se instalava no Brasil com todas as mazelas e deficiências trazidas pela herança histórica do colonialismo e

⁵⁰ LAMOUNIER, Bolívar. *Da independência a Lula: Dois séculos de política brasileira*. São Paulo: Augurium, 2005. P. 78.

imperialismo brasileiro. O período, todavia, foi marcado pela consolidação do Poder Judiciário no Brasil.

Conforme aponta Lenine Nequete, “*na passagem da Monarquia para a República, o Judiciário deixa de ser um poder subordinado e transforma-se em poder soberano, atendido o princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos, na luta desigual entre indivíduo e Estado*”⁵¹

Com a Proclamação da República, deu-se início à organização da Justiça Federal no Brasil. A primeira instância da Justiça Federal organizava-se pelos Juízes de seção, Juízes substitutos e Juízes *ad hoc*, que atuavam na impossibilidade dos juízes substitutos, de livre nomeação pelo presidente da República. A segunda instância era representada pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou este nome, com a publicação do Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, em substituição à denominação “*Supremo Tribunal de Justiça*”, no art. 163 da Constituição do Império de 1824.

A mais alta instância da Justiça ingressou na República com poderes e prerrogativas que antes nunca havia tido. Trata-se da supremacia do Poder Judiciário, pela primeira vez desde sua criação.

Com a opção do dualismo federativo, em que os estados deveriam promover as suas legislações próprias e sua Constituição Estadual, não era rara a existência de conflitos. A situação de instabilidade de poder gerada pela transição do regime imperial para o regime republicano abriu espaço para intensas disputas políticas, no qual foi fundamental a presença do Supremo Tribunal Federal.

Sobre a atuação do STF nos primórdios da República, observa Nequete:

Não se deu contar, é certo, o Supremo Tribunal Federal de que lhe cabia promover e impor a interpretação uniforme da lei substitutiva, como estava implícito no diploma constitucional; e, se é certo igualmente que nem sempre afirmou, sem hesitação, as mais largas e amplas atribuições que lhe traçara o legislador, não seria de todo correto o dizer-se - como frequentemente ocorreu - que, de todos os Poderes, foi ele o que mais falhou nos primórdios da República. Não foram poucas, em verdade, as dificuldades que teve de enfrentar para impor-se como Poder e repetir as sucessivas afrontas com que se buscava diminuir-lhe as prerrogativas”⁵²

⁵¹ NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência, II - República*. 2000. P. 98.

⁵² NEQUETE, *op. cit.* P. 113.

Com o advento da República, é de destacar a intensificação da tendência, havia muito existente, de reforma da legislação criminal.

Conforme esclarece Aníbal Bruno, “*sem embargo de ter sido, quando surgiu, um Código progressista, o do Império precisava ser ab-rogado, mesmo porque havia decorrido 60 anos após a sua promulgação*”⁵³.

Assim, o projeto de novo código foi apresentado e convertido rapidamente pelo governo em lei pelo Decreto-Lei nº 847, de 11 de outubro de 1890.

Devido a celeridade em sua elaboração, o Código inaugurou-se inçado de defeitos, ressalta Aníbal, sendo alvo de fortes e veementes críticas, chegando mesmo a ser classificado como o pior dentre todos os códigos penais brasileiros.

Em sua análise, Aníbal Bruno ressalta que o Código Penal de 1890, de cunho clássico, procurou suprir as lacunas da legislação passada, pelo que definiu novas espécies delituosas e aboliu, de vez, a pena de morte e outras tantas consideradas cruéis e infamantes, criando um regime penitenciário voltado não apenas ao caráter punitivo, mas também correcional da pena.

Em seu art. 43, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, denominação dada ao primeiro Código Penal republicano, previa apenas as seguintes sanções penais:

Art. 43. As penas estabelecidas neste Código são as seguintes:

- a) prisão celluar;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) prisão disciplinar
- f) interdição
- g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.

O art. 44 ainda ressaltava: *Não há penas infamantes. As penas restritivas de liberdade individual são temporárias e não excederão de 30 anos.* Era o fim das penas consideradas violadoras ao estado de dignidade da pessoa humana.

⁵³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Tomo I.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. P. 77.

4.1.1 O pluralismo processual penal na República Velha

A preocupação e celeridade observada na promulgação do Código Penal Republicano de 1890, no entanto, não foram as mesmas em relação à matéria processual penal.

De maneira implícita, a Constituição de 1891 conferiu aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo, ao dispor, em seu art. 34, entre as atribuições privativas do Congresso, a de “*legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal*”, nada se referindo à matéria processual.

Assim, o fato de a Constituição de 1891 ter conferido às justiças estaduais a competência para legislar sobre matéria processual penal corroborou no agravamento da forma de aplicação da lei criminal nos primeiros cinquenta anos de República.

Como bem observa José Henrique Pierangelli:

A quebra de unidade processual, já que cada Estado-membro possuía a competência para legislar em matéria de Direito Processual e de organização judiciária, não trouxe qualquer vantagem para as instituições jurídicas do nosso País. Contrariamente, essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal⁵⁴

É de se observar, no entanto, embora a Constituição conferisse aos Estados-membros a competência para legislar em matéria processual penal, a União estabeleceu regras que, tendo em vista a hierarquia das leis, deveriam ser observadas pela justiça estadual.

Com o permissivo constitucional, alguns estados-membros se apressaram em redigir seus códigos de processo penal, enquanto outros preferiram prosseguir com a aplicação do Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império, com as modificações que julgavam necessárias.

Redigiram os seus próprios Códigos Processuais Penais específicos os seguintes Estados-membros: Minas Gerais, Espírito Santo, Rio Grande do Sul (considerado um dos mais bem elaborados Códigos de Processo Penal da época), Paraná, Paraíba, Ceará, Piauí, Sergipe, Maranhão, Rio Grande do Norte, Bahia e Distrito Federal.

Estados como São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Santa Catarina e Acre não adotaram um Código de Processo Penal autônomo, mas também não aplicaram a legislação processual do Império, pelo que promulgaram leis e decretos relativos à matéria do processo

⁵⁴ PIERANGELLI, *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. P. 160.

penal, sem, entretanto, codificá-los. No Estado de Santa Catarina, por exemplo, a Lei nº 1.526, de 14 de novembro de 1925 criou o Código Judiciário do Estado que, nos livros X a XV, cuidava da matéria relativa ao processo penal.

Alagoas, Mato Grosso, Pará e Goiás seguiram com a aplicação do Código do Processo Criminal de Primeira Instância do período Imperial, alguns com ligeiras modificações.

4.1.2. A Constituição Republicana de 1891

Não havendo maior sentido na manutenção de uma Constituição Imperial em um regime republicano, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil adveio rapidamente, na data de 24 de fevereiro de 1891.

Em seu art. 72, estabeleceu importantes regras de processo penal, que não apenas por seu conteúdo, como também por sua hierarquia, deveriam ser observadas pelos legisladores ordinários e pelos legislativos estaduais.

Em relação à prisão, previam os parágrafos 13 e 14, do art. 72, da Constituição:

§ 13. "À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente";

§ 14: "Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei permitir;

Previam o § 15, do referido artigo, nos moldes do que já previa a Constituição do Império, o princípio do Juiz Natural e, no § 16, as garantias do acusado, como a "*mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ela*".

Conforme havia se antecipado no Código Penal de 1890, as penas de galés e banimento foram abolidas do sistema criminal, assim como a pena de morte, ressalvados os casos dispostos em legislação militar em tempo de guerra. O instituto do *habeas corpus* foi mantido e ampliado, prevendo a própria Constituição o direito ao *mandamus* preventivo e corretivo.

No passo seguido pelas demais Constituições anteriores, no entanto, nada em relação ao princípio da presunção de inocência foi previsto.

Tendo em vista que, em uma ordem cronológica, as maiores transformações no sistema criminal da República, desde sua proclamação, se deu com a edição do Código de Processo Penal de 1941, não há necessidade de tecer ressalvas conclusivas em relação à República Velha, já que foi durante os anos de 1930 - 1945 que ficaram, de fato, estabelecidas as diretrizes do sistema processual penal brasileiro. Passa-se, assim, à análise direta do período conhecido na história brasileira como a *Era Vargas*.

4.2. A Era Vargas: a rejeição do princípio da presunção de inocência

A Revolução de 1930, que colocou Getúlio Vargas no poder, dando fim à República Velha e iniciando o período histórico brasileiro conhecido como *Era Vargas*, encontrou o pluralismo processual em pleno funcionamento, conforme permitia a primeira Constituição republicana de 1891. A nova ordem revolucionária, todavia, colocou fim à elasticidade processual herdada da República Velha.

A efêmera Constituição de 1934 preveu em seu art. 5º, XIX, alínea *a*, que competia privativamente à União legislar sobre direito processual, o que deu fim às tratativas processuais penais estabelecidas em cada estado da federação.

Dessa forma, o primeiro, e até então único, Código de Processo Penal brasileiro do período republicano, foi promulgado na data de 03 de outubro de 1941, em plena vigência do Estado Novo e em curso da Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945).

Necessário se faz entender um pouco do contexto social, político e econômico do Brasil à época, assim como o perfil dos principais juristas influentes no período, para compreender como o ideal positivista do regime fascista italiano, em pleno funcionamento, foi confessadamente tido como modelo legal e doutrinário para a construção da cultura jurídico-criminal do Brasil da metade do século XX, em total rejeição ao princípio da presunção de inocência.

No ano de 1937, em plena campanha presidencial, Getúlio Vargas capitaneou um golpe de Estado com a justificativa de conter uma revolução comunista no Brasil, a qual nunca ficou comprovada, não faltando registros históricos a apontar que a situação de ameaça

às instituições estatais tratou-se de ardil criado pela campanha getulista para justificar a intervenção de um regime autoritário: o Estado Novo.

Assim analisa Maurício Zanoide de Moraes:

Desde a escolha do nome (Estado Novo), retirado da ditadura fascista portuguesa de Antônio Salazar, até a essência do golpe, tudo foi de inspiração europeia: o fechamento do Congresso Nacional, a extinção dos partidos políticos, a imposição de uma nova Constituição (a Constituição Polaca de 1937 e a promessa de convocação de plebiscito para aprovação dos atos emergenciais do Executivo e, também, para a escolha de novos representantes no Congresso Nacional. A bem da verdade, tudo foi fruto da pior inspiração europeia, a inspiração autoritária dos governos nazifascistas, notadamente o italiano, devido à afinidade cultural. É inegável a feição fascista da ditadura brasileira de Getúlio Vargas, seja pela sua clara ideologia militarista e autoritária, seja pela estrutura da nova Constituição, feita aos moldes da constituição polonesa do ditador fascista Józef Pilsudski.⁵⁵

Da Constituição de 1937, passando-se pelo Código de Processo Penal de 1941 e os anos posteriores à sua promulgação, todo o processo sociopolítico brasileiro, seguindo os moldes dos regimes fascistas europeus, foi de recrudescimento das instituições jurídicas e flagrantes violações às instituições democráticas.

Foi nesse cenário juspolítico e nesse contexto doutrinário que, sem maiores indagações e sem qualquer juízo crítico depurador, foi inserido na realidade brasileira o primeiro Código de Processo Penal da República, que em seus primórdios deixou clara a sua intenção em rejeitar o princípio da presunção de inocência.

4.2.1. O Código de Processo Penal de 1941

Tanto na Constituição Polaca de 1937, quanto no recém editado Código de Processo Penal de 1941, não houve qualquer menção, tampouco a existência de normas influenciadas pela presunção de inocência.

Assim como no regime fascista italiano, pode-se afirmar que o positivismo brasileiro do Estado Novo aceitou, e ainda de forma bem restrita, o princípio do *in dubio pro reo*. Sua incidência, porém, limitava-se às situações em que o juiz permanecesse na dúvida sobre a culpa do acusado, mesmo após ter exaurido seu vastíssimo poder instrutório e exercido seu ilimitado poder de livre convencimento.

⁵⁵ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *op. cit.* P. 157 -158.

No momento da edição do Código de Processo Penal de 1941, mais do que concluir que não havia presunção de inocência, devido à clara e direta influência do positivismo italiano, o que havia, de fato, era a presunção de culpabilidade do acusado, de forma a negar toda a dimensão juspolítica irrogada pelo princípio da presunção de inocência.

Isso porque, pela postura herdada dos períodos coloniais e imperiais, mescladas à influência dos regimes totalitários europeus, não foi o Código de Processo Penal de 1941 estruturado com uma postura diferente das demais codificações brasileiras pretéritas, redigidas na concepção do Direito Penal do Inimigo, em que há sempre um adversário do Estado a ser perseguido e punido, seguindo-se a mentalidade dos regimes nazifascistas influentes à época.

É importante destacar, estar-se-há falando do mesmo Código de Processo Penal que ainda encontra-se vigente nos dias atuais. Desde sua edição original, em 1941, no entanto, o Código sofreu inúmeras alterações, que alteraram em parte a postura punitivista inicialmente concebida, sobretudo no período pós Constituinte de 1988.

É o que observa Maurício Zanoide de Moraes: *“se no atual instante processual penal brasileiro, pode parecer excessiva a afirmação de que nosso atual código não foi estruturado segundo os padrões ideológicos da presunção de inocência, isso se deve aos influxos que a Constituição [de 1988] tem projetado desde sua edição”*⁵⁶.

Destarte, ainda que atualmente se veja, no cotidiano forense e doutrinário, decisões que cite o princípio da presunção de inocência como direito fundamental a ser observado e a reger os comportamentos judiciais, o Código de Processo Penal foi, na realidade, redigido inicialmente para a sua total rejeição.

Como se verá a seguir, com o exame de alguns capítulos e dispositivos do Código de Processo Penal de 1941, a legislação adjetiva foi elaborada e implementada de forma a não sofrer qualquer influência do princípio humanitário da presunção de inocência, o que supria as necessidades do Estado Novo recém implementado por Getúlio Vargas.

4.2.1.1. A fase preliminar investigativa: forma inquisitiva pura

⁵⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *op. cit.* P. 159.

Na fase anterior ao início da ação penal, em clara influência da *scuola positiva* italiana, não foram conferidos maiores direitos ao investigado. Seguindo os moldes inquisitivos do período colonial e imperial, o procedimento investigativo preliminar era sigiloso, sem direito à defesa e contraditório, promovida sob os auspícios dos órgãos administrativos.

A atribuição conferida à Polícia e ao Ministério Público para o controle da fase preliminar, com base nos parâmetros expressos na redação dos artigos 20 e 21 do Código de Processo Penal, não deixa dúvidas sobre a intenção de restringir todas as garantias nessa fase persecutória. Veja-se:

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

A doutrina da época, ao comentar o então novo Código da década de quarenta, não conferia outro entendimento senão a ausência de defesa do investigado na fase anterior à instauração do processo.

Inocêncio Borges da Rosa, em sua obra *Processo Penal brasileiro*, edição de 1942, lecionava acerca dos dispositivos relacionados à investigação preliminar, informando que o procedimento, “*via de regra, é secreto e sumaríssimo. Durante ele não se admite defesa. A intervenção pessoal é permitida: - a) para requerer que se proceda ao inquérito; - b) recorrer do despacho que indeferir o requerimento de abertura; - c) requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade*”⁵⁷

Assim sendo, não obstante na atualidade não faltem obras e decisões judiciais na tentativa de arejar as garantias constitucionais no âmago da fase investigativa preliminar, não se pode perder de vista de que essa fase da persecução criminal não foi construída sobre os auspícios da presunção de inocência.

4.2.1.2. A prisão preventiva

⁵⁷ BORGES DA ROSA, Inocencio. *Processo Penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942. Vol. 1. P. 111-112

O capítulo destinado à prisão preventiva (arts. 311 a 318 do Código de Processo Penal) é o que se pode afirmar como a maior síntese da rejeição do princípio da presunção de inocência.

Na redação original, assim estavam dispostos os arts. 311 e 312 do Código Processual Penal:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Note-se que a prisão preventiva era de caráter obrigatório em decorrência da gravidade do crime cometido, cujo parâmetro encontrava-se na quantidade de pena cominada ao delito. Se o crime possuísse pena igual ou superior a dez anos, a prisão preventiva decorria de forma automática já no início da persecução. Desnecessárias, assim, maiores justificativas e fundamentações da decisão do juiz além da menção ao dispositivo em tela.

Permeado por essa cultura jurídica punitivo-preventiva, o Supremo Tribunal Federal reconhecia a constitucionalidade da prisão obrigatória, até porque não havia presunção de inocência na Carta Constitucional de 1937, a servir de base à decisão contrária.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período em que a prisão obrigatória era prevista no processo penal brasileiro:

Prisão preventiva obrigatória; provada a existência de crime e havendo indícios suficientes de autoria, independentemente de sua conveniência, e autorizada (Cod. do Proc. Penal, art. 312). *Habeas corpus* denegado. [...]

Trata-se de crime em que a prisão preventiva é obrigatória por lei (art. 312 do Cod. do Pro. Penal). Não há dúvida sobre a existência do crime; ele resulta provado do auto de exame cadavérico. Em relação ao 2º requisito, indícios suficiente de autoria - em cuja falta o impetrante, ora recorrente, baseia o pedido - as circunstâncias antecedentes e concomitantes do feito apontam o paciente como co-responsável pelo homicídio [...] (STF, 2ª turma. RHC nº 31.775. Rel. Min. Edgard Costa. J. 29/10/1951)⁵⁸

Basileu Garcia, em sua obra *Código de Processo Penal*, edição de 1945, não obstante a tentativa de, em muitos pontos, mitigar a dureza dos dispositivos legais referentes à prisão cautelar, cedia à força do texto e da influência da doutrina positivista brasileira da época,

⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: 26/04/2016.

baseando sua lição em uma presunção que, claramente, só poderia ser a de culpa do investigado.

Assim lecionava o doutrinador, *in verbis*:

[...] presume-se que deseje furtar-se, pela fuga, à ação da justiça, o delinquente que está sujeito a pena privativa de liberdade, por haver cometido crime a propósito do qual não pode invocar, com êxito, uma causa excludente de antijuridicidade [...]

Os crimes graves abalam o meio social. O pensamento colhido no texto é também o de que, em tais casos, a prisão preventiva do delinquente satisfaz a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena.⁵⁹

É de se reparar, logo de início, o doutrinador toma como presumida a intenção de fuga do indivíduo acusado de cometer um crime sujeito à pena privativa de liberdade, sem que houvesse qualquer justificante de antijuridicidade.

Observa-se, também, que claramente a doutrina da época via o instituto da prisão preventiva como antecipadora dos efeitos da tutela jurisdicional condenatória. Como relatava o Basileu Garcia: *“a prisão preventiva do delinquente satisfaz a opinião pública, antecipando, em benefício do prestígio da lei violada, a ulterior restauração da ordem jurídica, de que se incumbe a pena”*.

Além disso, o uso frequente da expressão *“delinquente”*, em lugar de investigado, imputado ou acusado reforça a mentalidade de presunção de culpa dominante à época.

Com base, portanto, em elementos informativos colhidos de forma inquisitiva, elementos estes que, muitas vezes, não passavam de meros indícios, a prisão era decretada antes de se julgar ou até mesmo acusar formalmente o imputado.

Conforme já analisado, a prisão cautelar obrigatória sempre foi um sintoma característico de todos os modelos processuais penais baseados na presunção de culpa e da perseguição a todo custo de um criminoso/inimigo.

Esses dispositivos da redação original do Código de 1941 somente foram alterados com o advento da Lei nº 5.439 de novembro de 1967, durante o regime militar, quando a prisão cautelar obrigatória foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro, o que será melhor examinado adiante por ocasião da análise do período histórico compreendido entre os anos 1964 - 1985.

⁵⁹ BASILEU GARCIA. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. Vol. III. P. 156-159.

Ainda no tema da prisão provisória, não se pode deixar de observar os requisitos inseridos na legislação, como critérios avaliadores da necessidade de recolhimento preventivo do acusado.

Segundo previa a redação original do art. 313 do Código de Processo Penal de 1941:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

- I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;
- II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;
- III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

A expressão “*ordem pública*”, que na edição original do Código estava disposto no art. 313, como requisito a ser indicado pelo Juiz no caso de prisão preventiva facultativa, foi mantida no atual art. 312, mesmo após a reforma de 1967. Tanto em um quanto em outro dispositivo a expressão, todavia, não possuía qualquer parâmetro, tampouco limitação sistêmica a fim de evitar sua submissão ao arbítrio do julgador.

A doutrina e a jurisprudência menos afeitas a toda extensão que se deve emprestar ao direito fundamental da presunção de inocência, valeu-se da porosidade contida na expressão “*ordem pública*” e, desde a edição do Código Processual, já inseriam em seus conteúdos as seguintes justificativas, como sinônimas do conceito de garantia da ordem pública: “*gravidade da infração*”, “*periculosidade do agente*”, “*clamor público*”, “*modus operandi do crime*”, entre outras, todas de forma a rejeitar o estado de inocência do réu.

Por conveniência da instrução criminal, entendia-se a necessidade de custódia cautelar ao réu potencialmente causador de perturbações ao desenvolvimento da instrução criminal.

O requisito referente à intenção do Estado em “*assegurar a aplicação da lei penal*”, mantido ainda na redação original do Código de Processo Penal, ao lado do requisito da ordem pública, evidenciava o modo com que o sistema processual penal preocupava-se com as providências a serem tomadas após a sentença, no caso, a aplicação da pena, antes mesmo da declaração de culpa do acusado.

Não obstante a atualidade da obra, Guilherme de Souza Nucci, em seu “*Código de Processo Penal Comentado*”, edição do ano de 2013, sintetizou o requisito em comento

perfeitamente nos moldes de como ele era visto nos anos subsequentes à edição do Código de Processo Penal.

Veja-se como o autor se refere a este requisito, não obstante quase oitenta anos após a promulgação do Código de Processo Penal:

Asseguração da aplicação da lei penal: significa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento da ação penal buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. **Não bastasse já ter ele cometido o delito, que abala a sociedade, volta-se, agora, contra o processo, tenho por finalidade evitar a consolidação do direito de punir estatal**⁶⁰(grifou-se).

Ao afirmar que não é suficiente o fato de o réu “*já ter cometido o delito*”, o autor o toma antecipadamente como culpado. Ao reforçar que o requisito tem por base a homenagem ao direito de punir do Estado, o autor, automaticamente, reduz consideravelmente o direito do réu de ver sua inocência respeitada durante o processo, e até mesmo declarada ao final da persecução, colocando os interesses do Estado e da sociedade acima das garantias individuais.

Não obstante a passagem de oitenta anos de separação entre a edição do Código Processual Penal de 1941, ainda remanescem na atualidade interpretações que, perfeitamente, se encaixariam em qualquer obra doutrinária publicada à época, que rejeitava toda a dimensão do princípio da presunção de inocência.

Para o importante tema da prisão no curso persecutório, não se verificou, assim, qualquer influência da presunção de inocência na estruturação do Código de Processo Penal de 1941.

4.2.1.3. A decisão de pronúncia e a sentença condenatória recorrível

Nos processos de competência do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia implicava, necessariamente, na custódia preventiva do réu. Assim previa originalmente o art. 408 do Código de Processo Penal:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. P. 678-679.

§ 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.

§ 2º Se o crime for afiançável, será, desde logo, arbitrado o valor da fiança, que constará do mandado de prisão.

§ 3º O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia, embora fique o réu sujeito à pena mais grave, atendido, se for caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo.

É de se notar, duas características do dispositivo em tela ratificam a visão de culpado do indiciado. A primeira, mais evidente, é a decretação automática da prisão daquele que é pronunciado. Conforme já apontado, a existência de prisões automáticas é característico de modelos processuais inquisitivos, baseados na presunção de culpa do agente.

Não era necessária fundamentação acerca da necessidade da prisão em caso de pronúncia. Bastava a menção ao art. 408, § 1º, que previa a prisão automática do acusado e, ressalvada a hipótese de fiança, o réu era automaticamente submetido à custódia cautelar.

A segunda característica de rejeição ao princípio da presunção de inocência contido no art. 408 do Código de Processo Penal era o precipitado lançamento do nome do réu no rol dos culpados. No caso, antes mesmo da prolação da sentença, ou ainda antes de ser submetido à apreciação do Júri, o nome do réu já era lançado na lista dos culpados.

Não fosse o caso de decisão de pronúncia, mas, sim, de decisão condenatória recorrível, o tratamento conferido ao réu não era diferente.

Prevvia a redação genuína do art. 393, I e II, do Código de Processo Penal de 1941 que eram efeitos da sentença condenatória ainda recorrível, o encaminhamento do réu à custódia preventiva, se nela já não se encontrava, além do lançamento prematuro do nome no rol dos culpados.

Assim previa o dispositivo, *in verbis*:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

II - ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

A regra era ainda confirmada pelo art. 594, que dispunha que "*O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto*".

O recolhimento à prisão era, portanto, além de efeito da sentença condenatória ainda em estágio de recorribilidade, também um requisito para que o réu pudesse exercer seu direito de apelar da decisão.

Este era o sistema prisional cautelar trazido pelo Código de Processo Penal de 1941, redigido sob a lógica autoritária e repressiva da Era Vargas, claramente construído para a rejeição do princípio da presunção de inocência.

4.2.1.4. Interrogatório e confissão do réu

Conforme projetados pelo legislador de 1941, a análise dos capítulos referentes ao interrogatório do réu (arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal) e da confissão (arts. 197 a 100 do referido diploma legal), permitem concluir que a presunção de inocência foi ignorada por completo nesse momento de maior contato entre o acusado e o Magistrado.

Logo de início, destaca-se que o Código de Processo Penal de 1941 previu o direito de silêncio ao acusado. A previsão, contudo, não trouxe qualquer benefício ao réu.

Dispunha o art. 186 do Código Processual que, embora o réu pudesse exercer seu direito ao silêncio, em caso de recusa ao esclarecimento dos fatos, tal fato poderia ser interpretado contra a sua defesa. Veja-se: "*Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*".

Atente-se à contradição. A lei determinava a não obrigatoriedade do acusado em responder as perguntas que lhe forem direcionadas. Conclui-se, assim, se não é obrigação do acusado responder o que lhe era perguntado, tinha ele um direito a ser observado: o de permanecer em silêncio. Ao exercer esse direito, no entanto, o silêncio poderia ser interpretado em seu prejuízo.

Nesse ponto, destaca Guilherme de Souza Nucci:

Se algo é permitido, não pode acarretar, quando colocado em prática, qualquer tipo de sanção, mesmo camuflada. Caso o juiz levasse em consideração o silêncio do réu para deduzir ser ele culpado, então, na verdade, não teria o acusado o direito de permanecer calado. [...] É como se houvesse a seguinte observação: 'É

permitido estacionar neste local, mas, se o fizer, poderá o fiscal levar tal fato em conta para multá-lo'. Ora, trata-se de uma contradição evidente"⁶¹

O dispositivo em tela era corroborado, ainda, pelo art. 198 do Código Processual, que no capítulo destinado à confissão previa que "*o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*".

É evidente nestes dispositivos a intenção do interrogatório em constituir-se, assim como no modelo colonial e imperial, ato direcionado à obtenção da confissão dos fatos, seguindo-se a herança dos sistemas processuais inquisitivos, em que a confissão era elevada à mais absoluta das provas.

A presença de defensor também não era obrigatória, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida quando o acusado era interrogado sem qualquer instrução prévia com seu procurador, ou até mesmo na ausência deste.

Previo o art. 187, ainda, na hipótese de o réu ter constituído defensor e este se achar presente no ato, era proibida a intervenção ou influência do patrono na colheita de prova feita pelo inquiridor. Assim dispunha o referido artigo: "*Art. 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas*".

O parágrafo único do art. 188 do Código de Processo Penal, por sua vez, além de deixar abertamente clara a intenção do interrogatório em extrair a confissão do acusado, dificultava a defesa do réu caso sua intenção fosse de negar os fatos que lhes serão perguntados.

Veja como trata o referido dispositivo no caso de o réu negar a imputação que lhe é direcionada: "*Art. 188, parágrafo único. Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações*".

É de se notar: a permanência em silêncio poderia ser interpretada em desfavor do réu; se, no entanto, optar por se reportar sobre os fatos, mas negá-los, seja em todo ou em parte, o réu era "*convidado*" a provar a veracidade de suas alegações.

Se verificarmos, ainda, que os interrogatórios poderiam ser repetidos por quantas vezes a autoridade (policial ou judicial) entendesse necessárias, conforme previsão da redação original do art. 196 do Código de Processo Penal, percebe-se que o panorama era muito

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 96.

próximo àquele exposto na Era Colonial, em que os interrogatórios dos réus eram procedidos diversas vezes ao arbítrio do julgador, ficando a exceção, apenas, em relação aos tormentos e torturas, ao menos em nível legislativo e judicial, que não eram mais aceitos para a extração da confissão almejada. Todo o cenário, pelo que se vê, era construído para um verdadeiro constrangimento psicológico do réu, apto a levar o interrogado à confissão.

Aos inquiridores que, de fato, almejassem a todo custo a confissão do acusado, o Código de Processo Penal de 1941 proporcionava as condições ideais e necessárias à arbitrariedade, abusividade e até violência por parte do Estado.

Apenas a título de observação, se unirmos o que até agora foi expandido para o interrogatório em Juízo e aplicarmos à fase investigatória preliminar, a qual, conforme visto anteriormente, era em regra sigilosa, entende-se os motivos de estarem criadas todas as condições para que nesse instante ocorressem todas as ingerências e abusos por parte do Estado.

Com tudo isso, não se pode concluir que a estruturação dos atos voltados ao interrogatório do acusado tivessem qualquer ligação com o princípio da presunção de inocência.

4.2.1.5. Os amplos poderes investigativos judiciais e a absolvição por insuficiência de provas para condenar

Antes de adentrar à análise dos poderes conferidos ao julgador, logo de início já se aponta: o legislador de 1941 deu enormes poderes instrutórios ao Juiz.

No título VII, referente a prova, o Código dispôs os mais variados meios de obtenção de elementos probatórios. Sem exceção, frise-se, todas as provas admitiam a produção por iniciativa do próprio Juiz. Este poderia, assim, instruir o processo o quanto entendesse conveniente e suficiente para formar seu convencimento.

A princípio, o entendimento poderia ser direcionado ao fato de que, com todo esse poder, era possível ao julgador produzir provas para absolver, assim como para condenar o acusado. Vale dizer, assim, que o Juiz teria poderes instrutórios suficientes ao descobrimento

da verdade real, pouco importando se o provimento final iria beneficiar a defesa ou a acusação.

Essa, aliás, era a imagem que a redação do Código Processual de 1941 queria passar: a existência de um Juiz ativo em busca da melhor solução aos fatos. O cenário prático, entretanto, era outro.

Ao examinar o extenso título referente à prova, conclui-se a existência de apenas uma razão para o Juiz valer-se desse extenso poder instrutório que lhe era conferido pela legislação: demonstrar a culpa que entendia ainda não provada.

Se a lei dispunha que, não havendo provas suficientes da condenação, deveria o Juiz absolver o réu com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, recepcionado, ainda com ressalvas, pelo Código Processual de 1941, a partir do momento em que o Magistrado, na dúvida, parte em busca de novas provas valendo-se do seu amplo poder instrutório, é porque está insatisfeito com o trabalho promovido pelo órgão acusador.

É importante destacar, com essa constatação não se está afirmando que todo e qualquer Magistrado que sempre que se utilizou das ferramentas instrutórias que lhe eram conferidas, sempre o tenha feito animado pela sede punitiva. O Código de 1941 dava poderes ao Magistrado para proceder justamente em sentido contrário.

O que se levanta, aqui, é apenas a linha argumentativa de que, alimentado pela ideologia positivista e autoritária que permeava a sociedade e a política da Era Vargas, havia condições para que essas ferramentas de obtenção de prova pudessem ser utilizadas em desprestígio ao estado de inocência do réu.

A tendência punitiva que se aliava a esse ilimitado poder instrutório judicial era corroborada, ainda, pela livre apreciação da prova, que permitia ao Magistrado, por disposição do art. 157 do Código Processual, formar "*sua convicção pela livre apreciação*" do conjunto probatório coligido. O Juiz tinha, assim, a garantia de construir sua convicção pela livre apreciação da prova que por ele mesmo poderia ser produzida, caso as provas coligidas pela acusação fossem, a seu ver, insuficientes.

Como se percebe, também por esse viés revela-se a ausência da presunção de inocência no âmbito da legislação processual penal recém codificada no ano de 1941

4.2.2. Conclusão sobre a presunção de inocência na Era Vargas

Se é possível verificar um caminho evolutivo no modo de tratar o sistema criminal desde o período colonial, passando-se pela era imperial e a República Velha, este caminho acabou por assumir sentido inteiramente retrógrado no período republicano da Era Vargas.

Não obstante a constatação sobre a inexistência da presunção de inocência a reger o sistema criminal em todos os períodos até então analisados, ainda era possível visualizar alterações na forma de tratar o réu antes e durante o processo, desde a independência do Brasil, de forma a ir de encontro, futuramente, na observância ao estado natural do réu como inocente até decisão contrária do Estado.

Consubstanciado no Código de Processo Penal de 1941, no entanto, o sistema processual penal brasileiro da Era Vargas foi um retrocesso nesse caminho evolutivo.

Pode-se afirmar, de certa forma, que o período Imperial, embora impregnado por ideais absolutistas e ainda com um sistema criminal próprio em construção, derrubou a estrutura jurídica que era previamente aplicada no país na era colonial, possibilitando que as alterações na forma de tratar o processo, o réu e a atenção às garantias fundamentais previstas na Constituição fossem sentidas no cenário jurídico do país. Foi, sem dúvidas, uma quebra de paradigma, com as devidas ressalvas de um sistema ainda impregnado pela inquisitividade.

Outro, porém, foi o sentimento que se manifestou com o advento do Estado Novo de Getúlio Vargas. Aliado à herança inquisitiva do sistema processual colonial, que a todo custo e a passos lentos, o Brasil tentava aos poucos se desvencilhar, a Era Vargas acabou com qualquer linha evolutiva que se observava no tratamento humanitário do réu, construído lentamente desde o período imperial.

Desse modo, o Estado Novo, ao negar por completo a presunção de inocência, automaticamente fixou a presunção de culpa como princípio norteador do sistema processual penal.

Se um sistema opta pela presunção de inocência, ao não se demonstrar a culpa do acusado ao final da persecução, o réu continua inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final mantém sua inocência como sempre foi.

Em sentido contrário, tal como a postura assumida pelo Estado Novo e pelo Código Processual de 1941, no sistema que opta pela presunção de culpa, o cidadão já é assim tratado pelas instituições estatais antes mesmo de ingressar na persecução, sendo todo o sistema criminal estruturado normativamente para que assim seja conservada essa posição. Este foi o cenário jurídico da Era Vargas. A efêmera Constituição de 1934 deu lugar, em 1937, a uma Constituição de inegável inspiração fascista, que foi utilizada em sintonia com um Código de Processo Penal de 1941 também inspirado por ideologias totalitárias.

Assim sendo, diante de uma Constituição e de um Código de Processo Penal formado sobre confessada estrutura punitivista, ambas optantes pela rejeição da presunção de inocência, ficam claras as razões de se concluir sobre o retrocesso no sistema criminal brasileiro entre os anos de 1930 e 1945.

4.3. O período compreendido entre os anos 1945 - 1964

Após a crise do Estado Novo, com a deposição de Vargas, as eleições de 1945 marcaram o fim da Era Getulista, o que possibilitou a escolha de um novo presidente. Os anos compreendidos entre 1945 e 1964 ficou conhecido na história brasileira como o período do regime liberal populista. Neste período, o governo focou-se na pacificação política e no desenvolvimento econômico do país.

Na data de 2 de fevereiro de 1946, nova Constituinte instalou-se no Brasil. Promulgada em 18 de setembro de 1946, a nova Constituição foi, no entanto, mais outra carta política brasileira a não prever o princípio da presunção de inocência como direito fundamental do cidadão.

No título IV, capítulo II, "*Dos Direitos e das garantias individuais*", seguindo a Constituição de 1934, a Constituinte de 1946 manteve os dispositivos referentes à prisão em

flagrante, a necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente para a prisão preventiva, fiança e o remédio constitucional do *habeas corpus*.

É importante destacar, a partir da promulgação do Código de Processo Penal de 1941, muito do que foi analisado no capítulo anterior se aplica ao período ora analisado. Isso porque, com a edição do Código de 1941, a matriz processual penal brasileira ficou definida nos moldes do que dispunha o referido diploma legal, não havendo legislação hierárquica superior, a exemplo da Constituição de 1946, ou reforma legislativa que pudesse romper com a lógica processual instalada anteriormente no Brasil.

Daí porque a desnecessidade de análise aprofundada do período compreendido entre os anos 1945 e 1964, devido a sua similaridade com o que foi examinado no capítulo anterior.

4.4. A presunção de inocência no Regime Militar (1964 - 1985)

Thomas Elliot Skidmore, historiador norte-americano especializado em História do Brasil, assim descreveu a chegada dos Militares ao Poder no ano de 1964:

Em 31 de março e 1º de abril, unidades militares tomaram prédios governamentais-chave em Brasília e no Rio. Os militares esperavam encontrar séria resistência armada. A esquerda havia alardeado que os setores populares jamais permitiriam que os militares tomassem o poder novamente, e os organizadores do golpe haviam levado essa afirmação a sério. A resistência não se materializou.⁶²

Foi dessa forma que os militares ocuparam o mais alto posto do executivo brasileiro. Após terem deposto o então presidente à época, João Goulart, em poucos dias, sem maiores resistências, o novo governo havia se consolidado no poder. Pela lei constitucional então existente, os militares não tinham legitimidade para figurar no Poder Executivo, figurando o ato como verdadeiro golpe de Estado, o que aparentemente não representava problema algum, ressalta o historiador brasilianista.

Para os fins a que se presta este estudo, importante ressaltar que os conhecidos Atos Institucionais, emitidos pelo governo militar para se manter no poder e dirigir o Estado brasileiro à sua maneira, tinham caráter extremamente político, dispondo mais sobre regras que afetavam diretamente o Poder Executivo e Legislativo, sobretudo no campo de atuação do Congresso Nacional, do que o campo processual penal.

⁶² SKIDMORE, Elliot. E. *De Getúlio a Castelo (1930 - 1964)*. Rio de Janeiro: Saga, 1969. P. 54.

Nem por isso as afrontas à presunção de inocência foram menores nesse período de radicalismo da história brasileira.

A partir desses poderes excepcionais, desencadearam-se perseguições aos adversários do regime, envolvendo cassações de mandatos, afastamentos de cargos públicos, prisões e torturas àqueles considerados subversivos à nova ordem governamental instalada no Brasil.

É neste panorama que adveio a Constituição de 24 de janeiro de 1967, já que era evidente a necessidade de uma Carta Magna que se adequasse aos ideais do novo regime.

A respeito da Constituição de 1967, assim se posicionam Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Branco:

Produto da Revolução de 1964, e com a pretensão de consolidar seus ideais e princípios, tivemos a Constituição de 1967, que foi aprovada pelo Congresso Nacional, para tanto constrangido a deliberar em sessão extraordinária de apenas 42 dias, de 12/12/1966 a 24/1/1967, com base em proposta literalmente enviada ‘a toque de caixa’ pelo presidente da República, que para tanto dispunha do apoio das Forças Armadas, se necessário até mesmo para o fechamento das Casas Legislativas, àquela altura em recesso forçado e já desfalcadas dos principais líderes opositores, cujos mandatos e direitos políticos tinha sido cassados pelos chefes da insurreição militar vitoriosa. [...] Por isso é que Paulo Bonavides e Paes de Andrade, entre outros, afirmam que em 1966/1967 não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte; que os parlamentares, além de não estarem investidos de faculdades constituintes, encontravam-se, também, cerceados pelos atos institucionais; e finalmente que a coação ao trabalho dos parlamentares, exercida pelos atos excepcionais, impediu que os representantes do povo, mesmo sem os poderes constituintes autorizados pelo eleitorado, pudessem fazer uma Carta Constitucional relativamente independente.⁶³

A promulgação da Constituição de 1967, foi, dessa forma, a Constitucionalização do golpe aplicado pelos militares. A partir de então, os atos institucionais editados pelo Poder Executivo, que no início possuíam caráter provisório assumiram, cada vez mais, o caráter ditatorial e duradouro, sendo editados conforme as necessidades do Executivo.

Em dezembro de 1968 adveio o Ato Institucional nº 5, o mais famoso e conhecido por sua violência e flagrante afronta aos princípios de um Estado Democrático de Direito.

O AI-5 dava cobertura ao Executivo para cassar cargos e mandatos nos planos federal, estadual e municipal, suspender direitos políticos, fechar o Congresso Nacional, decretar estado de sítio e excluir de apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados de acordo com os atos institucionais e atos complementares.

⁶³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 211.

Com o AI-5, perdeu o Brasil a aparência democrática que, de início, demonstrou ser a intenção dos militares ao assumir o poder, mergulhando o Estado brasileiro na total ditadura.

No dia 1º de fevereiro de 1969, foi editado o Ato Institucional nº 6 que, dentre outras implementações, passou a determinar que os casos envolvendo delitos relacionados à segurança nacional passariam a ser julgados pela Justiça Militar, o que evidencia o propósito dos militares em ter maior proximidade com os casos que pudessem trazer risco ao regime ditatorial.

Destaque merece, ainda, o Ato Institucional nº 13, editado em 5 de setembro de 1969. A pena de banimento voltou a ser incluída no rol das penas aplicáveis no Brasil. Conforme dispunha o art. 1º do Ato Institucional nº 13:

Art. 1º - O Poder Executivo poderá, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional.

Parágrafo único - Enquanto perdurar o banimento, ficam suspensos o processo ou a execução da pena a que, porventura, esteja respondendo ou condenado o banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação.

Com o Ato Institucional nº 14, foi a vez da pena de morte voltar à previsão no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Logo nas considerações legislativas, o AI-14, que no caso assumiu claramente a natureza de emenda constitucional, deixava clara a sua intenção de reprimir brutalmente os levantes e insurgências contra o regime ditatorial. Veja-se:

CONSIDERANDO que atos de guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País e o mantêm em clima de intranqüilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o direito positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva;

CONSIDERANDO que aqueles atos atingem, mais profundamente, a segurança nacional, pela qual respondem todas as pessoas naturais e jurídicas, devendo ser preservada para o bem-estar do povo e desenvolvimento pacífico das atividades do País, resolvem editar o seguinte Ato Institucional.

E assim o § 11, do art. 150 da Constituição de 1967 passou a ter a seguinte redação:

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento

ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta."

Embora não houvesse nenhuma legislação que autorizasse matar e torturar, a necessidade de reprimir violentamente grupos de oposição, sobretudo os armados, era consenso na cúpula do regime.

É preciso destacar, porém, que o uso da violência repressiva atingiu, igualmente, pessoas além das fronteiras dos grupos oposicionistas. A violência serviu para oprimir e intimidar todo tipo de oposição que se manifestasse no país.

É de Costa Couto o balanço acerca do ciclo repressivo do período ditatorial militar:

Geisel usou o AI-5 para cassar os mandatos e suspender os direitos políticos de 12 parlamentares; intervir em Rio Branco, Acre; colocar o Congresso em recesso por duas semanas e decretar o Pacote de Abril (1977); e para punir 62 cidadãos, principalmente professores, burocratas e profissionais liberais.

Desde seu nascimento, em 13 de dezembro de 1968, no governo Costa e Silva, até a revogação no final de 1978, o AI-5 foi aplicada para cassar 113 mandatos de deputados federais e senadores; de 190 deputado estaduais; de 38 vereadores e trinta prefeitos. No total, foi utilizado contra mais de 1.600 pessoas. Ele coagiu, desfigurou e empobreceu a representação política.

Porém, mais do que tudo, foi instrumento de intimidação e limitação da liberdade, inclusive do Poder Judiciário. E de indução à atuação descontrolada do aparelho de segurança e informação, haja vista a expectativa de impunidade que permitia. Este podia prender arbitrariamente e manter prisioneiros sem acusação formal, o que comprometia ou inibia o direito de defesa e facilitava procedimentos lesivos aos direitos humanos, como a tortura, desaparecimentos inexplicáveis e mortes.⁶⁴

Foi dessa forma que o regime militar no Brasil, seguindo os rumos instituídos na Era Vargas, não apenas manteve a herança de rejeição da presunção de inocência no âmbito processual penal, mas, indo além, inseriu a presunção de culpa também no seio comunitário, colocando a inocência como um valor não atribuível ou aceitável ao cidadão.

4.4.1. A reforma de 1967 do Código de Processo Penal

Desde de sua edição em 1941, o Código de Processo Penal brasileiro sofreu diversas e esparsas modificações em seu texto original. Apesar do autoritarismo do regime militar, foi nos primeiros anos de regime que o Código Processual Penal sofreu importante alteração, de modo a poder classificar a reforma como uma quebra do modelo fascista em que o Código foi redigido em 1941.

⁶⁴ COUTO, Ronaldo Costa. *História Indiscreta da Ditadura e da Abertura*. Rio de Janeiro: Record, 1998. P. 90.

No que diz respeito à prisão preventiva, a reforma de 1967 definiu as principais disposições relativas ao instituto, tal como ele é conhecido e aplicado atualmente. As principais alterações foram trazidas pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967.

Até a edição desta lei, o art. 311 do Código de Processo Penal vigia com a seguinte redação:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria.

A partir da reforma, o art. 311 assim passou a dispor:

Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.

Veja-se que a parte final do artigo, “*quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*”, foi suprimida do texto original.

Isso ocorreu porque a reforma legislativa de 1967 expurgou da legislação processual penal a prisão preventiva obrigatória, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal, decorrente da acusação do cometimento de crime cuja pena cominada fosse, no máximo, igual ou superior a dez anos.

A expressão “*quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria*” foi migrada, assim, para o art. 312 do Código de Processo Penal, que sofreu inteira reformulação, passando a vigor com a seguinte disposição:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria.

O art. 313, por sua vez, que antes dispunha acerca dos fundamentos da prisão preventiva, passou a dispor acerca de suas condições de admissibilidade.

Antes da lei, assim previa o referido dispositivo:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal:

- I - nos crimes inafiançáveis, não compreendidos no artigo anterior;
- II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;
- III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

E assim passou a prever após a reforma:

Art. 313. A prisão preventiva poderá ser decretada:
I - nos crimes inafiançáveis;
II - nos crimes afiançáveis, quando se apurar no processo que o indiciado é vadio ou quando, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou indicar elementos suficientes para esclarecê-la;
III - nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tiver sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Por conta da exclusão da prisão preventiva obrigatória, o artigo 316 também sofreu ligeira modificação, mas manteve seu sentido original previsto em 1941. Veja-se:

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem".

Com a reforma de 1967, ficou estabelecido no Código de Processo Penal as diretrizes gerais a serem aplicadas em relação à prisão preventiva. A falta, no entanto, de uma carta de princípio a prever a garantia da presunção de inocência deu lugar a todo tipo de ingerência e aplicações desenfreadas de prisões cautelares com as mais diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, todas com base na presunção de culpa do acusado.

Foi tarefa do Supremo Tribunal Federal pacificar a jurisprudência acerca da necessidade de fundamentação e observância estrita aos requisitos previstos na lei para a aplicação da prisão preventiva.

Colhem-se, nesse sentido, os seguintes julgados do STF à época:

PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. - DESPACHO DE PRISÃO PREVENTIVA QUE SE RESSENTE DOS MÍNIMOS REQUISITOS LEGAIS QUE O JUSTIFIQUEM, SENDO DE EXIGIR QUE, AINDA SUCINTO, HÁ QUE DEMONSTRAR O SILOGISMO DO JULGADOR, PONDO A PREMISSE DA LEI DIANTE DOS FATOS. RECURSO DE "HABEAS CORPUS" PROVIDO. (RHC nº 60275/PR. Rel. Min. Rafael Mayer. J. 10/09/1982).

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - DESPACHO QUE SERIA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO, INEXISTINDO, AINDA, INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. Alegações improcedentes. Recurso de habeas corpus improvido. (RHC nº 55898/PA. Rel. Min. Cunha Peixoto. J. 12/12/1978)

HABEAS CORPUS. "PRISÃO PREVENTIVA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E DE DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DA MEDIDA, EM RELAÇÃO À TRÍPLICE FINALIDADE PRESCRITA NO ART. 312 DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO DA LEI 5.349, DE 1967".- INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - RECURSO NÃO PROVIDO. (RHC nº 53615/SP. REL. Min. Rodrigues Alckmin. J. 09/09/1975)

Em alguns casos, não obstante o reconhecimento da fundamentação deficiente do decreto prisional, o STF, ainda assim, reconhecia a legalidade da prisão preventiva. Veja-se:

HOMICIDIO. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO OBSTANTE A POBREZA NA MOTIVAÇÃO DO DESPACHO, VERIFICA-SE QUE ATENDEU A REPRESENTAÇÃO FEITA PELO DELEGADO DE POLÍCIA, EMERGINDO DOS AUTOS AS CIRCUNSTÂNCIAS FUGA E MUDANÇA DE RESIDÊNCIA, QUE LEVAM A CONVICÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTODIA PREVENTIVA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. (RHC nº 58502/PA. Rel. Min. Djalci Falcão. J. 25/11/1980)

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DESPACHO QUE PODERIA TER SIDO MELHOR FUNDAMENTADO, MAS QUE CONTEÉM A FUNDAMENTAÇÃO INDISPENSÁVEL. PACIENTE QUE CONFESSA NA POLÍCIA A PRÁTICA DE TRES FURTOS EM CONCURSO COM OUTROS, INCLUSIVE MENORES. RETRATAÇÃO PARCIAL EM JUÍZO QUE NÃO EXCLUI A SUA PARTICIPAÇÃO NA "GANG" A QUE ALUDEM AS INFORMAÇÕES. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. (RHC55690/ES. Rel. Min. Soares Muñoz. J. 25/10/1997)

Prisão preventiva. Decreto baseado na conveniência da instrução criminal e visando a garantia da aplicação da lei, a vista de se tratar de acusado havido como perigoso, desocupado e sem residência certa. Observância dos requisitos essenciais ao decreto de custódia preventiva. Recurso ordinário improvido. (RHC58586/SP. Rel. Min. Djaci Falcão. J. 03/02/1981).

É de se destacar em pesquisa ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, filtrando-se a pesquisa jurisprudencial com as palavras "presunção de inocência" entre os anos de 1964 e 1985, somente é encontrado 1 (um) acórdão, de relatoria do Ministro Antonio Villas Boas, datado de 09/08/1966, que faz menção à presunção de inocência.

O caso tratava de prefeito municipal acusado e preso preventivamente por acusação de desvio de verba federal. Conforme destacou o Ministro relator, constava dos autos a aprovação da quitação de todas as contas de responsabilidade do prefeito perante a Câmara Municipal, fato que trazia uma "*presunção de honestidade*" ao réu.

A ementa do acórdão, de nº 43364/GO, foi assim redigida à época:

1) PRESUNÇÃO DE INOCENCIA, ATÉ QUE O CONTRARIO SE PROVE. 2) CONTAS DE PREFEITO, APROVADAS PELA CÂMARA MUNICIPAL, AFASTAM, DE PLANO, A IDEIA DE ILICITUDE. 3) PRISÃO PREVENTIVA APOIADA EM DENUNCIA INEPTA, NÃO PODE SUBSISTIR. 4) ORDEM CONCEDIDA, PARA QUE OS PACIENTES SE DEFENDAM EM LIBERDADE.

Trata-se do único acórdão do Supremo Tribunal Federal, dentre o período citado, a fazer referência ao princípio da presunção de inocência. Surpresa, entretanto, não há nessa constatação, haja vista que, até a constituinte de 1988, não previa a presunção de inocência no ordenamento jurídico, baseando-se o sistema processual penal brasileiro, assim, na presunção de culpa do acusado.

Na data de 22 de novembro de 1973, a Lei nº 5.941 mitigou a necessidade de recolhimento obrigatório do réu ao cárcere para apelar. Até esta data, previa o art. 594 do

Código de Processo Penal que ao réu não era permitido apelar da sentença condenatória sem recolher-se previamente à prisão, ou prestar fiança, quando admitida, salvo se condenado por crime pelo qual podia livrar-se solto.

Com a alteração legislativa de 1973, o art. 594 passou a dispor que os réus primários e os que possuíssem bons antecedentes poderiam apelar da sentença sem a necessidade de recolhimento obrigatório.

Apesar de prever alteração mais benéfica ao réu, não se verificavam no conteúdo da nova legislação quaisquer avanços na observação da presunção de inocência, mas, sim, como dito, uma mitigação da presunção de culpa.

E assim reconhecia o Supremo Tribunal Federal à época:

Habeas corpus. Não se aplica a réu que esteja preso em virtude de flagrante delito o disposto no artigo 594 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 5.941/73. Este dispositivo visa a abrandar o princípio da necessidade de o réu recolher-se à prisão para apelar, e, não, a permitir o relaxamento de prisão em flagrante ou preventiva. Precedente do STF. Recurso ordinário cujo provimento é negado. (Recurso em *habeas corpus* n. 53717/SP. Rel. Min. Moreira Alves. J. 29/10/1975).

Na data de 24 de maio de 1977, sobreveio a promulgação da Lei nº 6.416, já nos anos de abertura política promovida pelo regime militar, que restringiu as condições de admissibilidade da prisão preventiva. A partir de então, a prisão cautela só poderia ser aplicada em caso de reincidência em crime doloso ou em delitos punidos com reclusão. Aos que previam detenção, a prisão cautelar era admitida excepcionalmente ao acusado considerado “*vadio*” ou quando houvesse dúvida sobre a identidade do réu. Veja-se:

Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos;
I - punidos com reclusão;
II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecê-la ou não indicar elementos para esclarecê-la;
III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Penal.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à época:

FIANCA. DESCABE QUANDO O RÉU JA TIVER SIDO CONDENADO POR INFRAÇÃO PENAL DA MESMA NATUREZA, EM SENTENÇA CONDENATÓRIA IRRECORRIVEL, AINDA QUE SE NÃO CARACTERIZE A REINCIDENCIA ESPECIFICA - ART. 323, III, CPP. POR IGUAL, NÃO E DE SE CONCEDER FIANCA A RÉU VADIO - ART. 323, IV, CPP. RHC A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]

Na espécie, o recorrente vive do expediente criminoso de se fazer passar por médico

dando consultas remuneradas e, por isso, já foi até condenado em sentença irrecurável.

Atividade permanente, anti-social, reveladora do propósito de viver à custa da miséria alheia, com risco para a saúde pública, constitui procedimento típico do ocioso, que alia a preguiça à ganância.(Recurso em *habeas corpus* n. 54743/SP. Rel. Min. Cordeiro Guerra. J. 15/10/1976)

É de se destacar, com essa lei, o fato de o réu ser “*vadio*” passou a constituir critério de admissibilidade da prisão preventiva, tendo a doutrina e a jurisprudência da época visto na ociosidade do acusado mais um motivo a corroborar em sua presunção de culpa.

4.4.2. Conclusão sobre a presunção de inocência no regime militar

Da contagem do número de vítimas, do modo de proceder e da radicalidade da repressão política ocorrida nos anos em que os militares assumiram a chefia do Poder Executivo nacional, não havia indícios mínimos de observância à presunção de inocência.

É o que observa Paulo Guilherme de Mendonça:

Segundo dados do relatório Brasil: Nunca mais, de 1985, o regime militar deixou um legado nefasto para as futuras gerações de brasileiros, evidenciado pelos seguintes números:

Entre os anos de 1964 e 1979, 10 mil brasileiros foram para o exílio por motivos políticos;

707 processos políticos foram abertos pelos órgãos de repressão, que implicaram 7.367 detidos, sendo que 1.918 deles afirmaram ter sofrido torturas durante o processo;

4.682 civis foram perseguidos ou demitidos do serviço público;

595 políticos eleitos tiveram seus direitos políticos cassados;

1.805 militares foram colocados à margem ou destituídos de seus postos;

144 cidadãos foram brutalmente mortos, nos porres da ditadura, vítimas de tortura;

Cerca de 152 brasileiros são tidos como desaparecidos políticos, pois seus corpos não foram restituídos às famílias⁶⁵

Mais do que nos períodos até então analisados, pode-se afirmar que a ausência de observância ao princípio da presunção de inocência foi maior no regime militar, se analisado sob a ótica de que, nesse período, estavam em jogo não apenas crimes comuns, mas, também, crime políticos e militares. Sem exceção, o modo do Estado em tratar o réu em todos estes crimes não era pautado pela atenção ao estado de inocência, o que refletiu no grande número de vítimas das ingerências praticadas pelo governo militar.

Seguindo-se a herança de rejeição dos demais períodos históricos brasileiro, não havia no Regime Militar presunção de inocência a ser observada.

⁶⁵ LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. *Justiça no Brasil: 200 anos de história*. São Paulo: Conjur Editorial, 2009. P. 185-186.

4.5. A presunção de inocência pós Constituição de 1988

4.5.1. A redemocratização do país

Os primeiros passos rumo à redemocratização do país já haviam sido dados anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, com a eleição indireta do primeiro presidente civil, Tancredo Neves, após mais de 20 anos com a presença de militares no mais alto posto do Poder Executivo brasileiro. Na véspera de sua posse, entretanto, Tancredo foi internado às pressas e acabou falecendo na data de 21 de abril de 1985, assumindo o vice-presidente, José Sarney.

O ideal de redemocratização havia feito surgir, em meio à população, a ideia de que todos os males do país se deram exclusivamente à má administração do Estado por parte dos últimos governos militares, sentimento que foi reforçado pelos intelectuais e pela imprensa, os chamados formadores de opinião, além da própria oposição partidária.

O grande evento político, não apenas do governo Sarney, mas do período ora em análise, foi a convocação de nova Assembleia Constituinte, na mesma época em que ocorreram as eleições para governos estaduais e assembleias legislativas.

O quadro que se instalou e trabalhou a Constituinte foi assim resumido por Boris Fausto:

A Assembleia Nacional Constituinte começou a se reunir a 1º de fevereiro de 1987. Os trabalhos da Constituinte foram longos, tendo-se encerrado formalmente a 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a nova Constituição. A inexistência de um projeto inicial que servisse de base às discussões contribuiu para alongar os trabalhos. Embora dessem muitas vezes a impressão de ser caóticos, o fato é que foram debatidas, além de coisas menores, questões centrais da organização do Estado e do direitos dos cidadãos.⁶⁶

Da síntese do período feita pelo advogado e professor Luís Roberto Barroso para o Dicionário *Histórico-biográfico Brasileiro*, extraem-se as seguintes considerações acerca da Constituição de 1988:

A Constituição brasileira de 1988 teve, antes e acima de tudo, um valor simbólico: ela foi o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a

⁶⁶ FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª Ed. São Paulo: Edusp, 2007. P. 66

prática da burocracia tecnocrática-militar que conduzira a coisa pública no Brasil por mais de 20 anos.⁶⁷

Na linha de raciocínio exposta por Barroso, a doutrina constitucional à época caracterizava a Carta de 1988 como compromissória, analítica e dirigente.

Dizia-se compromissória por ter aderido a um texto dialético, sem o predomínio absoluto de uma única tendência política, buscando-se um equilíbrio entre os interesses do capital, da sociedade e do trabalho.

Os constituintes de 1988 optaram, igualmente, por uma Carta analítica, detalhando suas normas e traçando verdadeiras regras a serem seguidas tanto pelo legislador infraconstitucional, quanto por todos os operadores do direito.

Por fim, a Constituição de 1988 foi enquadrada como dirigente, por ter sido identificada a opção legislativa em incluir no texto político grandes linhas programáticas, sinalizando caminhos a serem percorridos e metas a serem alcançadas não só pela administração pública, mas, também, pela sociedade.

A Magna Carta brasileira de 1988 reafirmou a organização do Judiciário dentro das linhas constitucionais anteriores, porém, deixou o Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição, o que reflete na atenção e importância dada pela Constituinte à carta constitucional, atribuindo a jurisdição infraconstitucional a um novo órgão jurídico, o Superior Tribunal de Justiça.

Apelidada de *Constituição cidadã*, a Carta de 1988 foi considerada a mais liberal, democrática e extensa dentre todas as Constituições brasileiras anteriores. Foram previstas uma série de garantias, tais como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e também princípios, como o reforço ao contraditório e ampla defesa, a proibição da prova ilícita, a publicidade dos atos processuais e a motivação das decisões judiciais.

Para os fins a que se destina este estudo, a Constituição de 1988 foi o marco divisório do sistema processual penal brasileiro. Pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio foi positivado o princípio da presunção de inocência, com vista a servir de eixo estrutural a um

⁶⁷ ABREU, Alzira Alves (Coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV-CPDOC, 2002. P. 130.

processo penal para o qual o indivíduo, já no início da da perseguição é inocente, e assim deve ser considerado e tratado até que sobrevenha a certeza necessária de sua culpa.

Não obstante sua inscrição constitucional, com um texto relativamente simples e direto, a presunção de inocência encontrou, logo nos primeiros anos de Constituição recém promulgada, extremas dificuldades em sua efetivação, sobretudo pelas divergências interpretativas.

4.5.2. Os impactos doutrinários e jurisprudenciais imediatos da previsão do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988

Logo após sua promulgação, estabeleceram-se intensos debates doutrinários sobre o novo princípio recepcionado pela Constituição de 1988, que presumia inocente o acusado do cometimento de uma infração penal. Parte da doutrina entendia que a Constituição não havia, de fato, recepcionado a presunção de inocência, mas, sim, a presunção de não-culpabilidade.

Nesse ponto, explica Maurício Zanoide de Moraes que a tese de não consideração prévia de culpabilidade, supostamente adotada pela constituinte de 1988, nunca passou de uma construção positivista dos regimes totalitários existentes na Segunda Guerra Mundial, elaborada a fim de que, por meio de um ataque técnico-jurídico sobre a palavra “presunção”, se atingisse negativamente a palavra “inocência”.

Ressalta o autor, conforme afirmavam os avessos à dimensão juspolítica da presunção de inocência, não se podia dizer que o imputado era culpado no início da perseguição penal, mas, também, não se podia afirmar que era presumidamente inocente. Concluía-se, assim, que o melhor era melhor afirmá-lo como “não-culpado”, jamais inocente. Tal conclusão, destaca o autor, nunca foi a almejada pela Constituição de 1988 e, nesse sentido, leciona:

[...] o constituinte [de 1988] procurou elaborar o texto normativo com o que ele entendeu ser um melhor apuro técnico da linguagem. Cedeu aos argumentos ditos neutros da Escola Técnico-Jurídica italiana, contudo, em momento algum se afastou do conteúdo e de toda a extensão do preceito humanitário universal da presunção de inocência. Muito ao contrário, reafirmou-o e entendeu que a expressão ‘presunção de não culpabilidade’ seria a melhor forma de proteger exatamente aquele princípio maior e mais tradicional.⁶⁸

⁶⁸ ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.* P. 215-216.

Mesmo posicionamento assumiu Aury Lopes Júnior, acrescentando que, após o ano de 1992, com a ratificação brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos, a presunção de inocência tornou-se pressuposto processual, não necessitando mais estar positivado em qualquer legislação pátria para que fosse observado. Veja-se:

Podemos afirmar que a Constituição ‘não recepcionou a presunção de inocência’ [...]? Não, é um duplo erro. Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a “presunção de não culpabilidade” é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio “pré-presunção de inocência”, não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e, tampouco, pela a base democrática da Constituição. A essa altura do estágio civilizatório, Constitucional e Democrático, a Presunção de Inocência ‘não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros – neste momento histórico, da condição humana’[2]. Ademais, temos a expressa recepção no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”⁶⁹

Outro ponto de grande debate doutrinário, sobretudo na década de 1990, ficou por conta do questionamento acerca da adequação da presunção de inocência como cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988.

A doutrina majoritária entendia que, por ser uma garantia individual do cidadão que se vê acusado criminalmente, ao passo do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, somente uma nova constituinte poderia alterar ou suprimir o direito à presunção de inocência.

Outros, minoritariamente, entendiam que a presunção de inocência tratava de direito eminentemente instrumental, uma espécie de garantia ligada ao processo criminal, não se tratando propriamente de garantia individual, motivo pelo qual não devia ser tratado como cláusula pétrea.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, sedimentou o entendimento de que a presunção de inocência positivada no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, apesar de não tratar de um direito absoluto, tratava-se, sim, de garantia individual, razão pela qual deveria ser tratada como cláusula pétrea da Carta constitucional:

[...] a presunção de inocência, invocada pelo impetrante a justificar a sua liberação, postulado constitucional erigido como cláusula pétrea e direito político-criminal do acusado de caráter fundamental, não tem valor absoluto. Pode ceder diante da necessidade da privação cautelar, apontada pelos fatos e pela sua plausibilidade jurídica. (*Habeas corpus* nº 187.291/SE. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. 12/11/2010)

⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Artigo publicado na Revista Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso: 23/05/2016.

E também, colhe-se trecho do voto proferido no *habeas corpus* nº 047.601, de relatoria do Ministro Paulo Galotti, em que a presunção de inocência era tratada, igualmente, como cláusula pétrea:

[...] com intuito de rechaçar o entendimento de que o afastamento temporário do cargo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, ante à aparente dicotomia existente entre a medida em comento e o princípio da presunção de inocência, erigido à condição de cláusula pétrea pela Carta Política, reporta-se ao artigo 86, § 1º, da própria Carta Magna [...]

Seguindo-se com as discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a previsão do princípio da presunção de inocência levou a debates, ainda, acerca do momento em que o acusado deveria ser deixado de ser considerado inocente, ou seja, qual o momento adequado para que fosse deixado de ser observado pelo Estado a garantia de presunção de inocência do acusado.

No ano de 1990, em nítida contrariedade à redação constitucional do princípio da presunção de inocência (“*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” - art. 5º, LVII, da Constituição de 1988), o Supremo Tribunal Federal entendia que a sentença condenatória pendente de recurso não impedia a execução da pena.

E mais, entendia o Supremo, ainda, que a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência não importava em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal, que autorizavam a prisão logo após a prolação da sentença condenatória. Veja-se:

Recurso de *habeas corpus*. Art. 5º, item LVII, da Constituição Federal. Prisão, O disposto no item LVII, do art. 5º da Carta política de 1988, ao dizer ‘Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória’, não importa em revogação dos preceitos do Código de Processo Penal que autorizam a prisão após sentença condenatória. Outros itens do mesmo artigo levam a conclusão de que, ante o mencionado item LVII de que, embora haja decisão condenatória, mesmo em segundo grau, a prisão só poderá efetuar-se após o trânsito em julgado de tal decisão (RHC nº 67857/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho. J. 12/10/1990)

A contrariedade era, assim, evidente. A redação do art. 5º, LVII, da Carta de 1988 era clara em dispor a impossibilidade de consideração da culpa anteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Em entendimento contrário, elevando-se os dispositivos infraconstitucionais do Código de Processo Penal de 1941, sobretudo o art. 594, que dispunha sobre a impossibilidade da interposição de recurso de apelação sem o devido recolhimento do réu ao cárcere, fixava o Supremo o entendimento de que era possível a efetuar-se a prisão após sentença condenatória ainda pendente de recurso.

Tal entendimento só foi revisto no ano de 2009, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078-7/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que o Supremo passou a entender que "a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar".

O pretório excelso reconheceu, ainda, em posicionamento notadamente contrário à visão anterior, que os preceitos do Código de Processo Penal não se sobreponham às disposições constitucionais, sobretudo diante da especialidade e temporalidade da Constituição frente ao Código de Processo Penal. Veja-se:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVI I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. (*Habeas corpus* n. 84.078-7/MG. Rel. Min. Eros Grau. J. 05/02/2009).

É de ressaltar, o entendimento acima exposto manteve-se como posicionamento do Supremo Tribunal Federal até fevereiro de 2016, ocasião em que o pretório, em evidente retrocesso, entendeu pela possibilidade de execução provisória da prisão logo após a confirmação da decisão de segundo grau, sem a necessidade, portanto, do aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Deixa-se a análise da presente decisão, todavia, para o tópico referente à "*Presunção de inocência na contemporaneidade*", momento adequado para a análise do tratamento conferido à presunção de inocência nos dias atuais.

4.5.3. O descompasso entre a Constituição de 1988, o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação especial

Conforme já analisado, o Código de Processo Penal de 1941 foi promulgado em época de grande afinidade política e ideológica do Brasil com o Estado fascista italiano, o que

influenciou de maneira clara e direta suas disposições legais, de modo a rejeitar toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência no sistema processual penal brasileiro.

Com a recepção do princípio da presunção de inocência pela Carta Magna de 1988, a contrariedade entre o conteúdo essencial do preceito constitucional e os dispositivos do Código de Processo Penal de 1941 tornaram-se evidentes.

Prevvia o art. 393, do Código de Processo Penal que os efeitos da sentença condenatória ainda recorrível era, no inciso I, "*ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança*" e, no inciso II, "*ser o nome do réu lançado no rol dos culpados*".

Tais incisos, evidentemente contraditórios ao conteúdo essencial da presunção de inocência, somente foram revogados por ocasião da edição da Lei nº 12.403/2011. Atentando-se especificamente ao inciso II do referido artigo, Mauricio Zanoide de Moraes observa que este dispositivo do Código de Processo Penal já poderia ter sido devidamente revogado no ano de 1995. Veja-se:

Perdeu-se ótima oportunidade de se eliminar do plano normativo abstrato essa violação constitucional quando, em 1995, portanto já após a entrada em vigor da atual Constituição, houve a edição da Lei 9.033. Referida lei eliminou dispositivo semelhante do então vigente parágrafo primeiro do artigo 408 da mesma legislação processual.⁷⁰

Outro dispositivo que se mostrou inconstitucional foi a norma insculpida no art. 408, § 1º, do Código Processual, que tratava dos efeitos da pronúncia do réu em crimes de competência do Tribunal do Júri.

Semelhante ao inciso II, do art. 393, analisado acima, previa-se que "*na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura*".

Com a edição da Lei nº 11.689/2008, o dispositivo sofreu alteração em sua redação, passando a prever disposições somente acerca da resposta do réu à acusação.

⁷⁰ ZANOIDE DE MORAES, *op. cit.*, P. 440-441.

Logo em seguida, ainda no de 2008, na data de 20 de junho, foi sancionada a Lei nº 11.719, que revogou a determinação do Código Processual de o réu recolher-se à prisão para apelar da sentença.

Nesse particular, é de se evidenciar a preocupação legislativa existente anteriormente à promulgação da Constituição de 1988 sobre o recolhimento do réu à prisão para dar viabilidade ao exercício do direito de recorrer, em postura notadamente baseada na presunção de culpa do réu condenado por sentença ainda não transitada em julgado.

Inconstitucionalidades foram verificadas, também, em relação à legislação esparsa.

A Lei nº 6.368 de 1976, a antiga lei de drogas, previa em seu art. 35, que “*o réu condenado por infração dos arts. 12 e 13 não poderá apelar sem recolher-se à prisão*”. O referido artigo somente foi revogado com a nova Lei de Drogas, nº 11.343, no ano de 2006.

A antiga lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) também previa em seu art. 9º que o réu não poderia apelar em liberdade, nos crimes nela previstos. Tal artigo, assim como todo o conteúdo da lei, somente foi revogado no ano de 2013, com a edição da nova lei do crime organizado, a lei nº 12.650.

O art. 2º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), no mesmo sentido, previa que, “*em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentalmente se o réu poderá apelar em liberdade*”.

E assim dispunha, também, o art. 3º da Lei de Lavagem de Dinheiro, que também conferia ao Juiz o poder de decidir sobre a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

Pelo que se vê, era notória a existência de normas diametralmente opostas à presunção de inocência no Código de Processo Penal de 1941, bem como em legislações infraconstitucionais anteriores à Constituição de 1988. Ainda após o advento da nova Constituição, diversas outras leis foram sancionadas em nítida afronta à presunção de inocência, sobretudo em relação ao exercício do direito de apelar, condicionado ao recolhimento prisional do réu.

Ainda que evidentes, as contrariedades normativas em relação à presunção de inocência do indivíduo não encontraram solução imediata logo após o advento da Constituição de 1988, tendo sido necessário amplos debates doutrinários e jurisprudenciais

para que determinados dispositivos violadores do estado natural de inocência do réu fossem retirados do ordenamento jurídico brasileiro.

4.5.4. O tratamento do princípio da presunção de inocência na contemporaneidade

Na comemoração dos 20 anos da Constituição Federal de 1988, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, enalteceu a importância do Poder Judiciário na estabilização do país no período pós constituinte:

Desde o advento da Carta de 1988, não houve imbróglio institucional, turbulência interna ou externa que não tenham sido resolvidos dentro dos parâmetros normativos pertinentes. A partir dessa solidez constitucional, na qual o Supremo figura como órgão-chave moderador nos embates democráticos, o país pôde crescer de forma organizada e contínua. A segurança institucional repercutiu em desenvolvimento econômico e maturidade política.⁷¹

É nesse diapasão de enaltecimento constitucional que Paulo Guilherme de Mendonça Lopes afirma que "*foram necessários 20 anos para que a Constituição promulgada em 1988 passasse a vigorar com toda a sua força*"⁷².

Discorda-se, em parte, dessa opinião, sobretudo no que toca ao conteúdo principiológico insculpido na atual Carta Constitucional.

Não se olvida os avanços rumo à desconstrução do modelo pré-88, ainda mais do sistema processual penal brasileiro, que muito avançou em relação à forma inquisitiva/positivista o qual se baseou desde a edição do Código Processual Penal de 1941. Próximo de completar seus 30 anos de existência, entretanto, é por demais exagerada a conclusão de que a Constituição da República Federativa do Brasil opera atualmente com toda a sua força normativa.

A herança inquisitiva do sistema processual penal, datado da época em que o Brasil ainda encontrava-se sob o domínio de Portugal, enraizou-se na cultura jurídica brasileira de forma tão substancial que, não obstante passados mais de 500 anos, ainda são vistas atualmente práticas semelhantes às ocorridas no Brasil colonial.

⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/disc_22out08.pdf. Acesso: 28/05/2016

⁷² LOPES, *op. cit.*, P. 221.

É como se cada período da história brasileira, não obstante o amadurecimento intelectual e a evolução temporal, ainda guardasse características de seu sistema processual anterior, na necessidade de se preservar práticas que, de tanto repetidas, acabaram por se tornar parte da política de repressão criminal. Isso se deve sobretudo porque a figura do criminoso no Brasil sempre se manteve a mesma. Na Era Colonial e Imperial, o criminoso era o inimigo da Coroa. Na República, o criminoso é inimigo da democracia. A presença do inimigo do Estado e da sociedade é algo que sempre esteve presente na história brasileira.

Com a manutenção da visão de periculosidade do criminoso, o atual sistema processual penal brasileiro não conseguiu se desvencilhar totalmente de seu legado inquisitorial, mantendo-se a herança de supressão dos direitos e garantias individuais da pessoa acusada da prática de um crime.

O que se percebe é que, na contemporaneidade, em atenção sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana, elevado no pós 1988 não só como princípio regente do sistema processual penal, mas também de todo o ordenamento jurídico brasileiro, não mais são toleradas vexações, torturas físicas e psicológicas, coações de poder manifestamente ilegais, medidas que, em geral, violam o a garantia fundamental do indivíduo de ser tratado com humanidade. Fora isso, não houve alteração substancial na visão de presumidamente culpado assumida pelo investigado perante os órgãos policiais, assim como o réu perante o Poder Judiciário.

A grande dificuldade de efetivação da garantia individual de inocência, pelo que se percebe da análise doutrinária e, sobretudo, da jurisprudência, é a superação da visão de que direitos, tais como a presunção de inocência, fundados em interesses individuais, estão sempre em contraposição aos interesses públicos, considerados de maior atenção, como a punição e a garantia da defesa social.

Veja-se, a exemplo, o seguinte julgado datado do ano de 1955, do Supremo Tribunal Federal, no qual o princípio do *in dubio pro societate* foi utilizado como fundamento à manutenção do instituto da prisão preventiva:

Recurso de "habeas-corpus", em denegação. Peculato doloso, com participação de extranei. Art. 26 do Código Penal. Prisão preventiva; indícios suficientes da existência do crime e autoria imputado. Quando deve prevalecer o *in dubio pro societate*, ao invés do *dubio pro reo*. (RHC 33469/SP. Rel. Min. Nelson Hungria. J. 01/02/1955)

Em recente julgado, datado do ano de 2015, passados sessenta anos, o mesmo fundamento ainda é utilizado para denegação de ordem de *habeas corpus*. Veja-se:

Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Estelionato na modalidade de fraude no pagamento por meio de cheque. Denúncia. Prisão preventiva. 3. Alegações de ausência de fundamentação do decreto cautelar e de justa causa apta a legitimar a continuidade da ação penal. 4. Prisão justificada na necessidade de garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal. 5. Trancamento de ação penal. Medida excepcional. Precedentes do STF. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. [...] CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, INEXISTÊNCIA, INDÍCIO, AUTORIA DO CRIME, MATERIALIDADE DO FATO, FUNDAMENTO, IN DUBIO PRO SOCIETATE. (RHC 127007/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 15/12/2015)

Destaca-se, ainda, a seguinte notícia datada de 17 de fevereiro de 2016, no qual o Supremo Tribunal Federal, alterando seu posicionamento consolidado desde o ano de 2009 (HC nº 84078), admitiu a execução provisória da pena após a confirmação da sentença pela Segunda Instância:

Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF

Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.⁷³

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki, relator do *Habeas corpus* nº 126.292, sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência é princípio que impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, é o réu passa, então, a presumir-se culpado.

A linha de raciocínio do ministro está ancorada, portanto, no argumento de que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa *lato sensu* já se encontra perfectibilizada.

⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso: 02/06/2016.

Anteriormente, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 84078, o Supremo Tribunal Federal entendia que "A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar" e que "a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão"⁷⁴.

Ao comentar a decisão, o Ministro Marco Aurélio afirmou que o julgado representa uma "flexibilização, sem precedentes, das liberdades fundamentais"⁷⁵.

Sannini, por sua vez, reportou-se que o cenário atual conferido pela decisão representava "o império do contorcionismo jurídico, onde uma boa dose de retórica é capaz de mudar o rumo da justiça criminal"⁷⁶.

É importante atentar-se ao fato de que não entra no mérito da questão a justiça ou injustiça da decisão proferida pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro. O questionamento proposto deve ser convergido, sim, ao fato de ser a decisão autorizada ou não dentro do sistema adotado pela nossa Constituição Federal. Esse é o ponto crucial.

Com a nova decisão, abriu-se novo paradigma para a alteração do *status* de inocência do réu: o primeiro é o do trânsito em julgado da decisão condenatória, tal como disposto pela Constituição Federal. O segundo, decorre da decisão supra, com a confirmação da sentença pelo duplo grau de jurisdição.

Com a devida vênia, discorda-se do entendimento exposto pelo Ministro Teori Zavascki, ao passo que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vai exatamente de encontro com o que prevê o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ou seja, é, incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência.

⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84078. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso: 02/06/2016.

⁷⁵ Discurso proferido pelo ministro Marco Aurélio, na Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal do STF, em 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-24/marco-aurelio-stf-impos-flexibilizacao-liberdades-individuais>. Acesso: 02/06/2016)

⁷⁶ SANNINI NETO, Francisco. Estamos diante do império do contorcionismo jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-20/sannini-neto-estamos-diante-imperio-contorcionismo-juridico>. Acesso: 02/06/2016.

A decisão proferida no HC nº 126.292, portanto, com todo o respeito que merece a mais alta Corte do país, não está de acordo com as diretrizes da Constituição Federal. O espírito de fundamentação da decisão pode estar correto, se levado em conta os anseios da sociedade, que não mais suporta a criminalidade e a impunidade, argumentos citados como fundamento do *decisum*.

Pode se dizer, assim, que em termos de filosofia, o Supremo Tribunal Federal abandonou com essa decisão o “principiologismo” e adotou o “consequencialismo”.

Para a primeira corrente, os princípios são sempre o que importa, valem incondicionalmente e deles devem decorrer todas as decisões. Para a segunda corrente, ao seu turno, os princípios abstratos não podem estar acima das consequências que acarretam. O ato, portanto, é validado pelo resultado que produz. Dessa forma, uma decisão judicial não seria boa se seus resultados não fossem bons para a nação.

É visível que a Suprema Corte decidiu pela possibilidade de execução provisória da pena, após o duplo grau de jurisdição, atendendo aos anseios sociais, dado o momento histórico de combate a corrupção que o país atravessa, quando estamos diante da maior operação da Polícia Federal de toda a história, a operação Lava-Jato.

A intenção por trás do julgamento, nesse contexto, mostra-se louvável, pois, com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal pretende dar um basta à impunidade generalizada dos chamados "*barões do crime*" que, por meio de seus defensores, protelam e, por vezes, inviabilizam a aplicação da pena, postergando os processos por longos anos, de forma quase *ad infinitum*.

Não se pode olvidar, porém, que interpretações que contrariem disposição expressa do texto constitucional, mesmo que alicerçadas na necessidade de combater a morosidade da justiça e a sensação de impunidade, abrem uma fenda no sistema de direitos e garantias constitucionais.

É assim que se conclui que a maior violação à presunção de inocência, nos dias atuais, não mais se encontra, tal como ocorrido anteriormente, na realização de uma prisão preventiva ilegal, no tratamento inadequado do réu em seu interrogatório, na prisão autoritária procedida pela polícia ou no oferecimento de acusação não obstante a insuficiência de provas.

Em tempos em que o Judiciário deixou de servir aos interesses do poder executivo estatal, ganhando a autonomia que lhe é inerente, a maior violação ao estado natural de inocência do indivíduo está forjada, hoje, na posição dos órgãos judicantes em não conferir a devida importância e observância a este princípio em seus julgados, de forma a manter os direitos *pro societate* acima dos direitos individuais do acusado.

CONCLUSÃO

Entende-se que uma conclusão deve conter aquilo que resta de útil após o término de um trabalho, de forma a se evitar a repetição dos fundamentos já expostos no corpo textual. Neste último instante não se fará, portanto, uma síntese formal e detalhada do que se expôs, mas se demonstrará as principais diretrizes empreendidas e aceitas durante o caminho trilhado.

No tema da presunção de inocência no processo penal brasileiro, o estudo tanto dos fragmentos históricos mais antigos, quanto da história recente, assume um relevante papel. É da consistência na reconstrução histórica que se foi revelando no presente estudo os aspectos importantes para a compreensão das razões pelas quais o princípio da presunção de inocência nunca existiu, ao menos nos moldes de um Estado Democrático de Direito, até o advento da Constituição de 1988 durante a República e, mesmo após sua promulgação, ainda não surtiu de forma satisfatória os efeitos jurídicos decorrentes de sua condição de princípio.

Nesse contexto, o primeiro capítulo mostra-se como porta de entrada à imersão histórica pretendida. Nele expôs-se as razões para que a presunção de inocência adquirisse o *status* principiológico, assim como as características decorrentes de seu conteúdo essencial. Em seguida, com a intenção de servir de guia para a constatação durante os períodos históricos acerca de sua presença ou ausência, elencou-se as principais características existentes em um sistema processual penal receptivo ao conteúdo juspolítico do princípio da presunção de inocência.

Iniciando-se a imersão histórica, o segundo capítulo tratou do primeiro período da história brasileira, a era colonial, em que julgou-se relevante a descrição de importante episódio não apenas da história jurídica brasileira, mas também política e cultural, que foi o processo de Tiradentes, alcunha de Joaquim José da Silva Xavier, durante a revolta conhecida historicamente como a *Inconfidência Mineira*.

Foram discutidas as principais características do sistema processual penal estrangeiro regente no Brasil colonial, nitidamente inquisitório, que sofria os comandos de um Estado independente (Portugal), pelo que se concluiu sobre a absoluta impossibilidade de existência de qualquer sinal de presunção de inocência ao acusado no sistema processual penal vigente durante o colonialismo. Mais do que isso, conclui-se acerca da presunção de culpa que

imperava na colônia, como resultado natural de um território que se encontrava sobre a jurisdição de outro Estado soberano, ligado às políticas do pacto colonial.

Em seguida, o terceiro capítulo tratou do sistema processual penal vigente na segunda fase da história brasileira, o período Imperial. Nele destacou-se a primeira Carta Constitucional genuinamente brasileira e os impactos dos princípios e normas que por ela foram trazidas ao ordenamento jurídico. Analisou-se, igualmente, o primeiro Código Criminal do país, denominado Código Criminal do Império, assim como o primeiro Código Processual Penal, denominado de Código de Processo Criminal de Primeira Instância, assim como, por fim, o inédito instituto do *habeas corpus*.

Não obstante demonstrada as inovações trazidas pela independência do Brasil, concluiu-se que o período imperial tratou-se de uma continuação da era colonial no que toca à inexistência do princípio da presunção de inocência, sobretudo pela herança absolutista ligado ao governo monárquico que se instalou no Brasil entre os anos de 1822 e 1891.

Em seguida, adentrando-se no Brasil República, para um melhor estudo, dividiu-se o período republicano em quatro períodos - República Velha (1889 - 1930), a Era Vargas (1930 - 1945), o Regime Militar (1964 -1985) e a República pós constituinte de 1988 - em razão das particularidades do sistema processual penal vigente em cada época.

Na República Velha, analisou-se a nova organização do sistema jurídico brasileiro, a Constituição Republicana de 1891 e o pluralismo processual penal jurídico existente à época, adentrando-se logo na análise do período conhecido como a Era Vargas, em que ocorreram, até então, as maiores transformações no sistema criminal da República.

Destacou-se o contexto social e político em que se deu a promulgação do Código de Processo Penal de 1941, ressaltando-se a afinidade entre o estado brasileiro da época com o regime totalitário fascista italiano, pelo que se concluiu que o primeiro Código de Processo Penal brasileiro foi construído de forma a rejeitar o conteúdo juspolítico do princípio da presunção de inocência, o que refletiu em todo o sistema processual penal do período analisado e, também, do período subsequente, compreendido entre os anos de 1945 e 1964, em que a presunção de inocência também não havia lugar no ordenamento jurídico brasileiro.

No exame do período conhecido na história brasileira como o *Regime Militar*, buscou-se evidenciar como este foi um dos tempos mais obscuros à presunção de inocência do

acusado. Almejou-se destacar que o regime militar não apenas seguiu os rumos instituídos na Era Vargas, como também foi além na herança histórica de rejeição da presunção de inocência no âmbito processual penal, inserindo a presunção de culpa dominante no âmbito criminal também no seio civil, adequando a inocência como um valor não atribuível ou aceitável ao cidadão em geral.

Por fim, a análise do período pós constituinte de 1988 permitiu concluir, pela primeira vez na história jurídica brasileira, sobre a existência da presunção de inocência como princípio norteador do sistema processual penal. Foram discutidos os principais impactos trazidos pela recepção do princípio da presunção de inocência pela Constituição de 1988, a primeira carta a reconhecer explicitamente o estado natural de inocência do acusado, e as consequentes inconstitucionalidades e contrariedades com o Código de Processo Penal de 1941 e legislações esparsas ainda vigentes nos primeiros anos após a promulgação da Constituição.

A conclusão acerca da existência formal da presunção de inocência no ordenamento jurídico pós constituinte de 1988, todavia, não foi a mesma quanto a efetividade conferida ao princípio pelos órgãos estatais, sobretudo pelo Poder Judiciário.

Com a análise do tratamento conferido à presunção de inocência pelos recentes julgados da suprema corte de justiça brasileira, buscou-se demonstrar que a maior violação à presunção de inocência deixou de ser vista em procedimentos como a realização de uma prisão preventiva ilegal, no tratamento inadequado do réu em seu interrogatório, na prisão autoritária procedida pela polícia ou no oferecimento de acusação não obstante a insuficiência de provas, já que estas são características seguiam a herança de rejeição da presunção de inocência desde o período colonial, não havendo nada de inovador na percepção de que estes costumes são violadores da condição natural de inocente do acusado perante o Estado.

Buscou-se demonstrar, assim, que as maiores violações da presunção de inocência são vistas, hoje, no próprio âmbito judicial, diante do posicionamento dos órgãos judicantes em não conferir a devida importância e observância a este princípio em seus julgados, de forma a manter os direitos *pro societate* acima dos direitos individuais do acusado.

Finalizado, assim, o estudo histórico da princípio da presunção de inocência, a conclusão geral do presente trabalho é que o estado natural de inocência do acusado é algo

ainda novo no sistema processual penal brasileiro, contando com apenas 26 anos de existência, desde a promulgação da Constituição de 1988.

Durante exatos 488 anos, o Brasil nunca se deparou com a possibilidade de tratar o acusado criminalmente com a posição de inocência que lhe é inerente. O réu criminal, no Brasil, sempre foi visto e tratado como delinquente antes mesmo de ter sua culpa declarada formalmente pelo Estado, o que se evidenciava no tratamento do indivíduo perante os órgãos estatais e também no âmbito da sociedade.

Com o presente estudo, acredita-se que muito há de ser percorrido ainda na superação da herança inquisitiva trazida pelos sistemas processuais penais em que a presunção de inocência sequer existia em nível normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Seguramente, o que se pode afirmar é que nunca haverá, e tampouco deveria haver, um momento histórico em que os debates sobre a efetividade da presunção de inocência devam ser dados como exauridos, na conclusão de que se chegou a um modelo exemplar de tratamento da condição de inocência do réu perante o Estado.

O objeto em estudo, a presunção de inocência, é tema que demandará constante reexame, a fim de adequar as demandas relativas às garantias individuais com as inovações culturais, a transformação da sociedade e a mutabilidade do modo se pensar o Direito com o transcorrer do tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves (Coord). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro: Pós 1930*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV-CPDOC, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

ARGENTINA. *Constitucion de La Nacion Argentina*. Disponível em: <http://www.constitucion.org/cons/argentin.htm>. Acesso em: 30/04/2016.

AYRES FRANÇA, Leandro. *Inimigo ou a inconveniência de existir*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BASILEU GARCIA. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945. Vol. III.

BORGES DA ROSA, Inocencio. *Processo Penal brasileiro*. Vol. 1. Porto Alegre: Globo, 1942.

BRASIL. *Código do Processo Criminal do Império de 1832*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm

—; *Código de Processo Penal*. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 07/04/2014.

—; Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM2033.htm Acesso em: 07/04/2014.

—; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudência disponível em: www.stf.jus.br.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

—; *A 'ordem pública' como fundamento da prisão cautela - uma visão jurisprudencial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n. 4, pp. 89.93, outdez., 1993.

COUTO, Ronaldo Costa. *História Indiscreta da Ditadura e da Abertura*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

CRETELA JÚNIOR, José; CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *Dicionário latino-português*. São Paulo: Anchieta, 1944.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª Ed. São Paulo: Edusp, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2014.

FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>; Acesso: 30/04/2016.

GIL, Luis F. Pereira (Diretor). *Os grandes julgamentos da História: o processo de Tiradentes*. Rio de Janeiro: Otto Pierre, Editores. 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LAMOUNIER, Bolívar. *Da independência a Lula: Dois séculos de política brasileira*. São Paulo: Augurium, 2005.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. *Justiça no Brasil: 200 anos de história*. São Paulo: ConJur Editorial, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico*. Artigo publicado na Revista Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso: 23/05/2016.

MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen juris*. 2005.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2011..

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência, II - República*. 2000.

NICOLITT, André Luiz. *Lei Nº 12.403/2011 - o Novo Processo Penal Cautelar - a Prisão e As Demais Medidas Cautelares*. 1ª Ed. S

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

—; *Provas no Processo Penal*. 3ª Ed. São Paulo: RT. 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. rev. e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Jalovi, 1980.

—; *Processo Penal - Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. 1ª Ed. São Paulo: Jalovi, 1983.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Quinto Livro das Ordenações. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 07/04/2014.\

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REBELLO PINHO, Ruy. *História do Direito Penal Brasileiro: período colonial*. Ed. Única. 1973.

SANNINI NETO, Francisco. *Estamos diante do império do contorcionismo jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-20/sannini-neto-estamos-diante-imperio-contorcionismo-juridico>. Acesso: 02/06/2016.

SKIDMORE. Elliot. E. *De Getúlio a Castelo (1930 - 1964)*. Rio da Janeiro: Saga, 1969.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. 4ª Ed. 3ª Tir. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

—; *História do Direito no Brasil*. 1ª Ed. São Paulo: Forense, 1998.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.