



**FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA**

**JULIANA MARTINS FREITAS PIRES**

**PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO.**

**FIC – MINAS GERAIS**

**2016**

**JULIANA MARTINS FREITAS PIRES**

**PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO.**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial para obtenção de grau de bacharel em direito.

Professora Orientadora: Msc. Júlia de Paula  
Vieira

FIC - CARATINGA

2016

## **AGRADECIMENTO**

Primeiramente agradeço a Deus, por me dar força, saúde, coragem, e disposição, em todos os momentos desta caminhada;

Aos meus pais Leila e Nestor, que me apoiaram desde o início desta longa jornada, a minha querida irmã Débora que mesmo distante sempre me apoiou;

Aos meus filhos Larissa e Leonardo, pela paciência de saber esperar e ser todo motivo da minha perseverança;

Ao meu marido Edmar, que com toda sua paciência colaborou nos dias da minha ausência;

A minha madrinha Elenice e ao meu tio Paulo, pelo grande incentivo inicial;

Aos meus colegas em especial ao Sr. Miguel e professores do curso, o meu muito obrigada.

Dedico este trabalho a todos aqueles que lutam por justiça, visando proporcionar igualdade, sem diferenciar os iguais para perseguir uns e proteger, ou privilegiar outros, este é o princípio elementar de Justiça.

## RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto, analisar a questão de execução provisória de acórdão penal condenatória proferido em grau de apelação (mesmo em recurso especial ou extraordinário), pela qual decisão foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal mudando a jurisprudência até então dominante, conflitando e invertendo a fórmula da liberdade, deixando óbvio que a privação deveria aguardar o julgamento dos recursos cabíveis, questão expressamente vista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal 1988. Além das questões contraditórias de punibilidade para alguns e falta do mesmo para outros, dentre várias questões relevantes como: o gravíssimo problema carcerário, medidas cautelares, e a garantia de amplitude do *habeas corpus*. No âmbito do poder judiciário brasileiro, e os argumentos utilizados para sustentar as decisões. Será objeto de investigação o artigo 5º da Constituição Federal 1988, e a decisão do Supremo Tribunal Federal, analisando se tal dispositivo legal presume ou não a culpa até o julgamento em segunda instância.

**Palavras Chave:** Presunção de Inocência, Proporcionalidade e Limitação, Princípio da Culpabilidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....</b>	<b>09</b>
<b>1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>13</b>
1.1 Considerações iniciais .....	13
1.2 Direito e Garantias fundamentais.....	15
1.3 Garantia da ampla defesa e do contraditório.....	21
<b>2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>24</b>
2.1 A inter relação ao princípio da proporcionalidade na limitação ao princípio da presunção de inocência.....	24
2.2 Tratamento Isonômico das Partes.....	26
2.3 Crime e culpabilidade como fatores de impunidade.....	27
<b>3. NOVO ENTENDIMENTO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....</b>	<b>29</b>
3.1 Decisões Judiciais sobre o tema.....	29
3.2 As ações para reconhecimento de norma que reforça o princípio da presunção de inocência.....	32
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>39</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>40</b>

## INTRODUÇÃO

O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, possui relevância em diversos ramos da ciência jurídica e extra jurídica, seja nas consequências e, significados de origens, é demonstrada a importância que a conquista do instituto jurídico-político da presunção de inocência tem nos moldes dos atuais Estados de Direito Democrático, que reflete a luta pela liberdade, democracia e sobretudo pelos valores fundamentais do ser humano enquanto tal.

Ao aprofundar ao tema é possível se deparar com o seguinte questionamento: O cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da decisão fere o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade?

O princípio de presunção de inocência ou da não culpabilidade prévia está contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e o processo penal tem por finalidade a proteção dos inocentes frente à atuação punitiva do Estado. Não é um instrumento de opressão estatal; antes, é o meio de assegurar a defesa ampla dos denunciados e a tutela da liberdade.

A primeira repercussão da presunção de inocência ocorre no campo probatório sendo que o ônus de provar a culpa é exclusivo do acusador. Na hipótese de dúvidas, o réu deve ser absolvido. Somente a prova cabal, definitiva e concreta da autoria e materialidade da prática do fato tipificado como crime é que pode resultar em juízo condenatório. Não se pode condenar por presunção, apenas com indícios, sem a certeza da ocorrência do crime e de seus autores.

Deve o acusador provar a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, pois são elementos constitutivos da punição. E, o que é relevante, sempre deve ser aplicado o princípio *in dubio pro reo* como o que se evita o erro judiciário capital de condenar inocentes. Na frase inspirada de Johann Goethe, “Ideias genéricas e uma grande presunção estão sempre em via de causar uma terrível desgraça”.

Diante disso percebe-se a colisão de valores ou de direitos, de um lado, direito à vida e a liberdade, de outro, a relação com a finalidade da culpabilidade em relação à finalidade da pena de autores habituais, um poder individual que consagra a falta de punibilidade.

Dessa forma o judiciário deverá intervir sempre que ocorrer a falha do Estado em garantir um direito fundamental, realizando o processo de efetivação dos princípios, a que se refere à questão da abertura das normas constitucionais, com a possibilidade de inserir em determinada constituição se densificar através de processos de concretização. Desta maneira, deixa-se espaço para uma adaptação mais adequada da norma constitucional à realidade que a mesma visa a regular.

A principal finalidade deste trabalho é a de solucionar este recorrente problema supracitado, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem a atuação do judiciário no problema recorrente sobre as diversas situações contraditórias, vislumbrando a pesquisa na legislação inerente ao assunto, bem como na doutrina jurídica e em decisões e acórdãos.

Visando uma construção adequada do trabalho, distribuiu-se o texto em 3 capítulos, a saber: capítulo 1, onde serão abordados os quesitos referentes aos princípios da presunção de inocência, sobre as considerações iniciais, o direito e garantias fundamentais da Constituição, e o direito ao cidadão a ampla defesa; capítulo 2, trata sobre a aplicabilidade entre o princípio de inocência e o princípio da proporcionalidade como restrição, sobre até aonde vai o princípio da presunção da inocência, tratar sobre a isonomia visando proporcionar igualdade de oportunidades, o crime e a culpa como fatores de impunidade ao princípio da proporcionalidade e da presunção de inocência; e por fim, o capítulo 3, tratando das decisões judiciais acerca do tema, sobre as formas de execução provisória da pena, o novo conceito que muda a jurisprudência acerca do tema, os diversos problemas que poderá acarretar com o novo entendimento dos tribunais, dentre eles o problema carcerário.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A presente monografia tem por finalidade analisar no ordenamento jurídico, sobre como este princípio constitucional atua no processo penal, com intuito de evitar aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico e ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana, evitando que surjam leis que possam menosprezar a inocência do acusado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, ou que, radicalmente o faça presumir culpado. Esta norma constitucional proíbe que o ordenamento jurídico adapte algo cujas consequências fujam do espírito a que está imbuído o princípio da presunção de inocência, que atua intra-processualmente. Ele orienta o processo penal no sentido de que a presunção de inocência acompanha o acusado até o trânsito em julgado da sentença. Ou seja, durante toda a sucessão de atos integrados em diferentes fases, que constitui o processo penal é negada a possibilidade de qualquer ato que faça presumir culpado o réu. Há duas vertentes básicas para o significado da presunção de inocência como garantia constitucional, na primeira revela-se como princípio inspirador da política criminal, na segunda é um critério normativo direto, como garantia constitucional de processo penal, que atua à realidade processual.

O princípio da presunção de inocência segundo Neves (1968, p. 26 ) retrata, “O princípio da presunção de inocência revela-se sobretudo nas suas origens como uma atitude jurídico-política, justificada num ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.”

Todavia passado o ponto que seu nascimento, e sua adoção no presente sobre o princípio da presunção da inocência e a indispensável processualização do poder punitivo estatal torna imperiosa a tutela da liberdade jurídica do autor da infração penal.

O processo penal é um dos ramos do Direito mais sensíveis às transformações constitucionais, senão o mais. É, portanto, o segmento mais variável em relação às mudanças políticas e um relevante instrumento jurídico político do Estado. No ordenamento processual penal o preceito constitucional ganha um valor específico. Como todas as normas constitucionais que têm conexão com o processo

penal, nele tem um próprio significado, não querendo dizer, porém, que sejam diferentes.

Assim sendo, faz-se mister analisar o que é, perante o processo penal, a presunção de inocência. Ou seja, o que significa tal princípio no processo penal.

Independentemente da atuação da própria presunção da inocência, é inegável que exista uma dúvida no decorrer do processo. Tal elemento subjetivo pode transpor-se em relação à existência ou não do fato, à autoria do acusado ou mesmo à ocorrência de causas que excluam a ilicitude do delito. Mas uma coisa é certa: diretamente ou não tais fatores se relacionam ao réu, uma vez que a ele recairá ou não as sanções penais. Portanto a dúvida é o real estado do acusado durante o processo.<sup>1</sup>

A proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no art. 29 estabelece que:

“No exercício de seus direitos e liberdade onde todo homem está sujeito apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com os fins de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática”<sup>2</sup>

E, por essa razão o princípio da proporcionalidade como condição de legalidade tem que propor de forma adequada qual é a medida que deve ser aplicada para proteger direitos fundamentais tais como os Direitos Humanos, sob pena se não for proporcional se tornar inconstitucional.

O conceito de proporcionalidade nada mais é que uma regra de interpretação e aplicação de um direito com o objetivo de fazer com que nenhuma restrição ocorra a direitos fundamentais e que muito menos, cause dimensões desproporcionais. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar por exames de adequação,

---

<sup>1</sup> Os princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2001, p. 347.

<sup>2</sup> Direitos Humanos. 4ª Ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>,

Acessado em: 22 de novembro de 2016.

da necessidade da proporcionalidade em sentido estrito, por isso são considerados como *sub-regras* da proporcionalidade.<sup>3</sup>

Atualmente há uma tendência de reforçar o método de controle do princípio da igualdade e também o princípio da presunção de inocência por meio da proporcionalidade para que assim possa tratar a legitimidade e o fim do tratamento desigual, recentemente a análise do tema passa por uma sintética abordagem do princípio constitucional da presunção de inocência, a fim de que se possa compreender a profundidade da mudança trazida pelo recente julgado do STF.

Este princípio encontra guarida no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O seu comando impõe que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Dele decorrem duas regras específicas. A primeira – regra de tratamento – adverte que o réu não poderá ser tratado como culpado, a menos que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório. A segunda – regra probatória – dita que recai sobre a acusação o ônus de provar a materialidade e autoria do fato delituoso. Tal princípio também encontra amparo na Convenção Americana de Direitos Humanos. O art. 8º, nº 2, do Decreto nº. 678/92 (CADH) prevê que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for comprovada legalmente sua culpa”. O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade passa a ter um novo limite temporal, ou seja, aquele que compreende o processo ordinário criminal (primeira e segunda instância).

O princípio da culpabilidade, traduz-se na vedação da responsabilidade objetiva. A idéia de agregar a responsabilização criminal à noção de dolo ou culpa somente foi haurida como requisito fundamental numa etapa recente da evolução do Direito Penal.

Durante longo período, as sanções penais se impuseram sem qualquer exigência de que o fato fosse praticado dolosa ou culposamente. Até a idade Média notava-se, em diversos documentos jurídicos, a existência do *versari in re illicita*, isto

---

<sup>3</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 798, 2002, p.23-50.

é, “responsabilidade por fatos causados por uma conduta ilícita, mas que não foram previstos ou queridos, e nem eram previsíveis”<sup>4</sup>.

No ordenamento jurídico, o princípio possui raiz constitucional (implícita), deduzindo-se do inciso LVII do art 5º (“ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”) e do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º), o qual constitui seu fundamento axiológico.

Atualmente, compreende-se que o princípio possui três importantes dimensões: a proibição de responsabilização penal sem dolo ou culpa; a vedação de aplicação da pena sem culpabilidade, isto é, desprovida de imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude do ato e exigibilidade de outra conduta; gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do fato cometido.

Decorre daí que a desconsideração da importância das modalidades de erro jurídico penal, será incompatível com o princípio da culpabilidade.

---

<sup>4</sup> Luiz Luise, Os princípios constitucionais penais, p.34.

## 1. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Este capítulo visa abordar as questões relativas a presunção de inocência, como por exemplo a garantia da Constituição da República de 1988 estatui, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

### 1.1.– Considerações iniciais

É fundamental compreender que tal princípio constitucional norteia o legislador ordinário em relação à elaboração de normas que, principalmente, lidem com o tratamento processual de um réu. Ou seja, evita que surjam leis que de alguma forma despreze a inocência do acusado até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória ou que, mais radicalmente o faça presumir culpado.

De acordo com o texto do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, encontra-se:

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

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXVI – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;<sup>5</sup>

De acordo com o supracitado, percebe-se que esta norma constitucional proíbe que o ordenamento jurídico adapte algo cujas consequências fujam do espírito a que está imbuído o princípio da presunção de inocência.

---

<sup>5</sup> Kinoshita, Fernando. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / Fernando Kinoshita, Marco Aurélio de Melo. – Brasília: OAB Editora, 2003. 304p.

Independentemente da atuação da própria presunção da inocência, é inegável que exista uma dúvida no decorrer do processo. Tal elemento subjetivo pode transpor-se em relação à existência ou não do fato, à autoria do acusado ou mesmo à ocorrência de causas que excluam a ilicitude do delito. Mas uma coisa é certa: diretamente ou não tais fatores se relacionam ao réu, uma vez que a ele recairá ou não as sanções penais. Portanto a dúvida, podemos dizer, é o real estado do acusado durante o processo.

De acordo com Moraes (2013), salienta sobre a presunção de inocência:

A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas. Em virtude disso, podemos agrupar três exigências decorrentes da previsão constitucional da presunção de inocência: 1. o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas); 2. necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; 3. absoluta independência funcional do magistrado na valoração livre das provas.<sup>6</sup>

Assim sendo, faz-se mister analisar o que é, perante o processo penal, a presunção de inocência. Ou seja, o que significa tal princípio no processo penal.

Esta dúvida, porém, é imprescindível para orientar o tratamento processual a que o réu deverá ser submetido. Antes da Revolução Francesa, a simples acusação com o conseqüente decorrer do processo já vinculava o acusado à culpa, tendo portanto este tratamento processual. Já hoje, os atos gravosos, contra o acusado que se verificou inocente são inadmissíveis. Estes teriam produzidos lesões de interesses de forma imerecida e irreversível. Assim, a antecipação de uma consideração final de inocência é o expediente prático para garantir o maior número de direitos fundamentais possíveis ao réu. Sua negação tem portanto caráter excepcional.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> MORAES. *Direitos humanos fundamentais*, p.277-278.

<sup>7</sup> José Souto de Moura. "A Questão de Presunção de Inocência do Arguido", in *RNT*, p.42 (1990).

O fato da dúvida real existir não inibe a presunção de inocência pois ela orienta o tratamento processual do acusado, garantindo, em regra o maior número de direitos possíveis, vez que os prejuízos e danos são maiores na ausência desses direitos com a recusa da presunção de inocência.

Ao interpretar o termo “presunção” pode-se chegar a uma definição que seria a manifestação do raciocínio indutivo assente na ideia de probabilidade.<sup>8</sup> Ou seja, só pode presumir algo que tenha possibilidade de acontecer, se não houver, toma-se impossível a presunção. Seria a consideração antecipada de algo que pode realmente vir a acontecer.

## **1.2 – Direito e Garantias Fundamentais**

A Constituição Federal de 1988 institui um equilibrado projeto de nação, centrado no respeito à dignidade da pessoa humana, instituindo um Estado de direito qualificado para ressaltar que a democracia é o único caminho possível à consolidação de uma nação plural, inclusiva e igual. Ainda representou a superação de um longo período de supressão de direitos civis e políticos e de violência à cidadania brasileira perpetradas pelo regime militar, que se travestia de Estado de Direito, mas destilava suas normas ilegítimas e violadoras da dignidade humana.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil vive o mais duradouro período de estabilidade de sua história constitucional, pautada por um diploma democraticamente deliberado e promulgado.

Cada indivíduo possui uma capacidade de liberdade. Ele está em condições de orientar a sua própria vida. Ele é por si só depositário e responsável do sentido de sua existência.

O princípio abrange não só os direitos individuais, mas também os de natureza econômica, social e cultural, pois, no Estado Democrático de Direito a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de constrangimento, mas liberdade positiva, que consiste na remoção de impedimentos (econômicos,

---

<sup>8</sup> Idem.

sociais e políticos) que possam embaraçar a plena realização da personalidade humana.

Ao conceituar os direitos fundamentais, numa perspectiva constitucionalista e liberal como posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional. a) elemento subjetivo: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contraponto ao Estado-Poder, pois o sentido dos direitos fundamentais reside no benefício de quem pretende enfrentar o poder estatal, ou qualquer outro poder público; b) elemento objetivo: a cobertura de um conjunto de vantagens, patrimoniais e não patrimoniais, em favor do titular dos direitos fundamentais, inerentes aos objetivos e aos conteúdos protegidos por determinado direito fundamental; c) elemento formal: a consagração das posições de vantagens ao nível da constituição, o estalão supremo do ordenamento jurídico. O elemento formal faz com que os direitos fundamentais sejam consagrados ao nível máximo da ordem jurídica-estatal positiva, que é o nível jurídico-constitucional.

Como pode destacar, em outra oportunidade Coelho (2013):

A nossa Lei Máxima, com sua ampla gama de direitos fundamentais – entre os quais direitos políticos, sociais, culturais, econômicos e individuais e tantas liberdades e garantias asseguradas e um amplo leque de princípios e por isso diz-se adotar o constitucionalismo de princípios [...] bem como regras e media à concretização de todos eles – tornou-se um símbolo para o Direito Constitucional contemporâneo. Necessário destacar que fora a primeira Constituição brasileira e positivar, expressa e claramente, os direitos e garantias fundamentais como cláusula pétreas. E foi a primeira Constituição a garantir, na globo, e subjetivamente, esses direitos, através de efetivos e respeitados controles concentrados e difusos de constitucionalidade.<sup>9</sup>

O amplo e inédito rol de direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna requereu, ainda, que instrumentos de garantia fossem previstos para assegurar eficaz e materialmente o cumprimento desses direitos pelo Estado brasileiro. Assim,

---

<sup>9</sup> COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org). Constituição brasileira: um projeto de nação, *In. Reflexões sobre a constituição. Uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: Alumnus, OAB, 2013.

foram previstas as chamadas garantias constitucionais com o escopo de assegurar não apenas formalmente os direitos fundamentais, mas de fornecer instrumentos para que os cidadãos, em hipóteses de violação desses direitos, tivessem instrumentos para vindicá-los e garanti-los por meio do recurso ao Poder Judiciário.

A expressão garantias constitucionais pode ser compreendida em sentido geral e especial ou, em outros termos, em sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo seriam as providências que, na Constituição, destinaram-se a manter os poderes harmônico de suas funções, no exercício contrabalançado das suas prerrogativas, como a instituição de separação dos poderes e o delineamento das competências atribuídas a cada poder.

Em sentido estrito, por sua vez, tais garantias seriam mecanismos de proteção constitucional aos direitos especiais do indivíduo, pertinentes à sua vida, liberdade e segurança. Indubitavelmente, o direito não se confunde com a sua garantia, pois esta tem a função de proteger ou, por definição, assegurar, viabilizar e proporcionar o exercício daquele.

Nessa mesma linha é a classificação de Silva (2013), ao compreender que as garantias constitucionais podem ser gerais ou especiais. Segundo o constitucionalista, as garantias constitucionais gerais são:

Instituições constitucionais que inserem no mecanismo freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com que o constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantia e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais, precisamente, porque consubstanciam salvaguardas de um regime respeito à pessoa humana em toda sua dimensão.<sup>10</sup>

E prossegue, afirmando que as garantias constitucionais especiais, por sua vez,

São prescrições constitucionais estatuindo técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem e eficácia, a aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.190.

objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos.<sup>11</sup>

Ao mesmo tempo, a segurança jurídica é, uma garantia constitucional implícita, uma vez que permeia toda a normativa constitucional, estando presente em diversos institutos, regras e princípios distribuídos ao longo do texto constitucional, ainda que como pano de fundo dessas normativas.

As garantias constitucionais funcionam como pilares do Estado democrático de direito, assegurando desde a macroestrutura do Estado, como a separação dos poderes e a atribuição das competências de cada ente, como o “direito de reivindicar direitos” atribuído aos cidadãos, fornecendo instrumentos e remédios capazes de tornarem efetivo esse direito.

As garantias constitucionais (fundamentais) são parâmetros para a aferição de legitimidade da ação estatal. O Estado, no desempenho de suas atribuições institucionais, deve estrita obediência às garantias constitucionais. A observância ao devido processo legal, à ampla defesa, à publicidade de seus atos, dentre tantas outras garantias, asseguram o respeito fundamentais dos cidadãos contra atos abusivos por parte do Estado. Sem garantias, não há Estado democrático de direito. São elas vetores centrais na ordem constitucional pátria.

As constitucionais podem ser classificadas em processuais e institucionais. Há também que são materiais do direito protegido.

As garantias constitucionais institucionais são aquelas que visam tutelar objetivamente instituições tidas como fundamentais para o ordenamento constitucional e para a sociedade. Assim, a título de exemplo, podemos dizer que constituem garantias institucionais a família, a liberdade de imprensa, o tribunal do júri, entre outras.

As garantias constitucionais são meios e instrumentos que visam, em última instância, a resguardar a efetividade da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Esses instrumentos podem tanto atuar de molde a guarnecer a separação dos poderes e a participação democrática dos cidadãos nas decisões públicas, como resguardar direitos materiais e processuais

---

<sup>11</sup> *Idem.*

Conforme leciona Silva (2013):

As garantias constitucionais, em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado.<sup>12</sup>

Nesse horizonte, entende por garantias constitucionais para Canotilho:

“Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.”<sup>13</sup>

As garantias constitucionais processuais são aquelas que dizem respeito aos princípios de direito processual insculpidos na Constituição Federal e aos remédios constitucionais também previstos pela Carta.

São garantias processuais a legalidade, a obrigatoriedade de decisões judiciais fundamentadas e públicas, a garantia da ampla defesa e do contraditório, entre outras. Nessa esteira, podemos citar também os remédios constitucionais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção.

A distinção entre direitos e garantias, em nosso Direito, foi registrada por Rui Barbosa, ao escrever que “os direitos são disposições meramente declaratórias, imprimindo existência legal aos bens e valores por elas reconhecidos, enquanto as garantias são disposições assecuratórias que têm por finalidade proteger direitos”.<sup>14</sup>

Os direitos envolvem a noção de bilateralidade, no sentido de que a atribuição de um direito corresponde à imposição de um dever, que se torna exigível; nas garantias esta categoria não é aplicável, já que não apresentam por si próprias a atribuição de um dever, mas se referem sempre a um direito ou direitos autônomos,

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.416.

<sup>13</sup> CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.362.

<sup>14</sup> BARBOSA. *Comentários à constituição brasileira*, p. 11.

que constituem objeto de sua proteção. A garantia, portanto, reforça a norma garantida, imprimindo-lhe um poder ou alcance maior.

As garantias fundamentais se completam com a existência de entidades da sociedade civil de defesa e busca de efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Não existe direito absoluto, entendido como o direito sempre obrigatório, sejam quais forem as conseqüências. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como tem ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações, resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade. Assim, as restrições aos direitos fundamentais inserem-se numa tríplice função: a) *função adequadora*, em que a restrição e um deles serve para possibilitar que outros direitos se exerçam sem sobreposições, tendo a maior eficácia possível; b) *função dirimente*, que tem lugar no contexto específico da colisão de direitos fundamentais, caracterizada pelo exercício conflitante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos, servindo a restrição de alguns deles para evitar a repetição desses conflitos no futuro, sem a necessidade de recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais; c) *função comunitária*, que se liga à conjugação entre os direitos fundamentais e os bens ou interesses coletivos merecedores de tutela, sendo a restrição instrumento de garantia desses bens, interesses e valores comunitários que importa preservar.<sup>15</sup>

Os direitos individuais são aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado, tendo por base a liberdade e autonomia como atributo da pessoa, relativamente a suas faculdades pessoais e a seus bens. Os direitos individuais configuram uma pretensão de resistência à intervenção estatal, sendo, por isso mesmo, designados de direitos de defesa ou de resistência.

Os direitos fundamentais, tem função de defesa ou de liberdade, pois configuram normas de competência negativa para os poderes públicos, vedando-lhes interferir na esfera jurídica individual, e implicam, no plano jurídico-subjetivo, o

---

<sup>15</sup> TELLES. *Direitos sociais: afinal do que se trata?*, p. 140-141.

poder do indivíduo de exigir positivamente direitos fundamentais, e de exigir omissões do poder público no sentido de evitar agressões a estes direitos.

### **1.3 – Garantia da ampla defesa e do contraditório**

O artigo 5º, inciso LV da Constituição da República, garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o contraditório necessário, previsto em cláusula constitucional está intimamente vinculado à ampla defesa exercitada pelas partes, informando a participação obrigatória dos litigantes em todas as fases e atos do processo.

Desse princípio decorre a obrigatoriedade de comunicação às partes de todos os atos processuais através da citação, da intimação e da notificação, oferecendo-lhes oportunidade de impugnar a atividade desenvolvida pelo magistrado, quando essa causar dano ou ameaçar direito do litigante. O contraditório se desenvolve de modo dialético. A cada ato praticado por uma parte ou determinado pelo juiz, deve ser dada a oportunidade de participação do sujeito não integrante do referido ato, essa garantia está vinculada ao princípio da ampla defesa. A efetividade de tal princípio esta, por sua vez, ligada à atividade de técnico, com plena habilitação, vale dizer, advogado. Assim, a defesa técnica realiza os dois princípios que estão intimamente ligados.

O contraditório atinge tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, incluindo respeito aos prazos, produção de provas, limites à intervenção do juiz no processo, não há incompatibilidade entre os princípios do contraditório e da ampla defesa com o instituto da revelia. A contestação é um ônus e a sua não apresentação tempestivamente acarreta a presunção *juris tantum* sobre a veracidade dos fatos articulados na exordial. Como regra de cunho constitucional a obrigatoriedade do contraditório, inclusive nos processos administrativos, consolidou, no Brasil, a tendência universalista de privilegiar a necessidade da defesa para legitimar o processo, induzindo a participação das partes a fim de possibilitar se não uma decisão justa, pelo menos mitigar os prejuízos causados pelo

ato decisório, de inegáveis repercussões na vida privada e social, dependendo da natureza do litígio.

A efetividade do contraditório esta intimamente vinculada à paridade entre os litigantes ou interessados, nada mais é do que reflexo do princípio constitucional da isonomia, e no processo muitas vezes ocorre a disparidade de meios entre os litigantes, cabendo ao Estado o papel de reequilibrar a situação, seja através do poder conferido ao Juiz de determinar a produção de provas, ou da utilização do poder geral de cautela e, ainda, conferindo ao necessitado ampla e gratuita assistência judicial fornecendo-lhe profissionais capazes de bem defender suas pretensões.

Para que haja defesa efetiva o sistema processual organiza atos de comunicação, que tem por escopo, além de vincular a parte ao processo (citação), informá-la da prática de determinados atos ou de abstenção dos mesmos (intimação).

Conforme Magalhães (2002), o princípio do contraditório “é a garantia de igualdade das partes envolvidas na lide, assegurando-lhes poderes e direitos iguais”.<sup>16</sup>

O contraditório consiste no binômio informação e reação. As partes devem ter acesso ao processo e ter conhecimento a respeito das alegações realizadas pela contraparte, bem como pelas demais integrantes da relação processual, como o Ministério Público, as manifestações de terceiros interessados ou do próprio juízo. De posse dessas informações, as partes devem poder contra-argumentar, apresentando provas, declarações e tendo ampla oportunidade de pronunciamento durante todo o curso do processo.

O contraditório não se limita, contudo, ao binômio informação-reação, vai além desse, na medida em que representa acesso e participação efetivos das partes nos atos processuais, na produção das provas, bem como em toda a construção da convicção do juiz.

Ademais disso, do princípio do contraditório diz-se que: Júnior (1981)

---

<sup>16</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional*. Tomo I. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 187.

Decorrem três conseqüências básicas desse princípio: a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; só há relação processual completa após regular citação do demandado, toda a decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.<sup>17</sup>

Desse modo, a ampla defesa pode ser compreendida como uma conseqüência da aplicação do contraditório. A ampla defesa permite que o acusado tenha conhecimento prévio da denuncia que é feita contra ele, podendo manifestar-se e ser ouvido, o que consiste na autodefesa, bem como possui o direito a ser acompanhado por advogado configurando defesa técnica.

Dito isso, tem-se que as garantias do contraditório e da ampla defesa são fundamentais para a instrução do processo e da formação do convencimento do juiz, que deve ser informado para que possa construir, imparcialmente sua decisão.

---

<sup>17</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, tomo 1, p.35.

## **2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

O termo “presunção” é uma definição que poderá ser visto como manifestação do raciocínio indutivo assente na idéia de probabilidade. Ou seja, só possível presumir algo que tenha possibilidade de acontecer, se não houver, toma-se impossível a presunção. Seria a consideração antecipada de algo que pode realmente vir a acontecer.

É portanto uma forma de tratamento processual em que; apesar da dúvida real pendente, através dele mantém-se os direitos fundamentais do réu preservando-se as suas garantias de defesa, tudo isto esta calcado nos ideais iluministas que, como uma espécie de aposta no valor ético do ser humano, primou por não retirar seus direitos fundamentais enquanto tal, uma vez que possa vir a ser considerado inocente. Esta “aposta” deve-se ao fato de que se os interesses do homem são os mais relevantes aos demais, muito mais gravoso seria retirar direitos de alguém que futuramente for considerado inocente.

### **2.1 – A inter relação ao princípio da proporcionalidade na limitação ao princípio da presunção de inocência**

Os princípios são considerados normas-chaves de todos os sistemas jurídicos, aparecendo nas constituições contemporâneas como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio, fundamentado na hermenêutica dos tribunais, a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional, é dessa ótica que o tema vem reforçar a atuação do judiciário brasileiro na busca pela justiça. Neste caminho os princípios estruturantes no Estado Democrático de Direito, implícitos ou não na Constituição, ocupam um papel fundamental.

A doutrina que cerca o ordenamento jurídico brasileiro destaca que os direitos fundamentais, sejam a essência de uma sociedade democrática, não podendo negar a importância sobre instrumentos jurídicos que garantem sua aplicação e efetividade, muito desses instrumentos são de natureza processual, como o mandado de segurança e de injunção, o habeas data, o habeas corpus, a ação popular e ação civil pública, outros têm natureza diretamente relacionados à

interpretação das normas jurídicas, enquanto a jurisprudência, no caso do Supremo Tribunal Federal, trata do assunto, não reconhecendo claramente o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso como salvaguarda dos direitos fundamentais, e sim como métodos de ponderação, em determinado caso concreto o Juiz ao escolher um princípio no lugar de outro faz ponderação entre valores e aplica a solução que lhe pareça mais razoável. A proporcionalidade bloqueia, veda e concretiza a melhor medida possível.

Na reflexão sobre o tema surgem algumas indagações à respeito da origem do princípio da proporcionalidade, seu desenvolvimento no direito comparado e principalmente sobre o papel desempenhado no âmbito do Direito Constitucional Brasileiro.

O princípio da proporcionalidade tem percorrido uma trajetória acanhada, um dos motivos é o apego excessivo da doutrina e da jurisprudência ao princípio da separação de poderes. Conforme expõe Barroso (2006):

Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, descricionária, onde as decisões do órgão ou agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.<sup>18</sup>

A força e a objetividade do princípio da proporcionalidade deve ser mantida, desde que consiga manter sua integridade estrutural. O Poder Judiciário não deve aplicar apenas regras de proteção ou exclusão, mas também com um trabalho de interpretação jurídica visando apurar os limites de proteção assegurados aos direitos fundamentais e visando a ordem pública por não admitir que sua aplicação tenha uma pluralidade de soluções justas, transformando uma interpretação proporcional em regra abstrata e sem atingir o interesse público.

Na limitação ao princípio da presunção de inocência, o conceito indeterminado tomado isoladamente, identificando os pressupostos dos fatos, deverá empregar a ponderação para determinar o peso de cada um, individualmente ou na relação com os demais e, com isso, extrair seu valor justo. Esse processo

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

resultará, uma decisão clara e transparente com aspectos positivos e negativos, como ocorre com os direitos fundamentais que não podem ser usados como barreira de proteção às práticas delitivas ou como ilação à exclusão de responsabilidade aos indivíduos que estão vinculados a atuarem dentro dos limites da lei.

## 2.2 – Tratamento Isonômico das Partes

A dinâmica do princípio isonômico impõe ao intérprete da norma constitucional igualitária um *tour de force* no sentido de elevar a igualdade perante a lei a um status de igualdade material. Assim, as questões que envolvem o princípio isonômico não estão, *tout court*, relacionadas com a solução de conflitos interpessoais; antes estão impregnadas do inegalitarismo social, que exige do intérprete a adoção de critérios metajurídicos para solução da controvérsia posta em julgamento.

Articula-se o princípio da igualdade com o princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“Por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário...Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores éticos-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório nesse prólogo do novo milênio e de uma nova era”.<sup>19</sup>

O princípio da igualdade processual, também tratado como paridade de armas, dedica-se ao tratamento isonômico das partes perante o juízo, ou seja, durante o transcorrer processual, é uma decorrência expressa no texto constitucional do *caput* do art. 5º, que além de afirmar tal princípio estabelece como direitos invioláveis o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade,

---

<sup>19</sup> Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas”, in 1988-1998. Uma década de Constituição, PP. 113-114.

devendo prevalecer a chamada igualdade material, que significa que os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades, processando e julgando todas as pessoas que praticam ilícitos da mesma forma.

No Estado de Direito Social ou “Estado Providência”, que o ente estatal surge como interventor para “conter situações de intolerável desigualdade”.<sup>20</sup> A superação das desigualdades através de políticas de redistribuição de renda e equalização de posições excessivamente desvantajosas, denominada discriminação positiva, visa alcançar a igualdade substancial.<sup>21</sup>

Desta forma, o itinerário do princípio da igualdade aporta na afirmação dos direitos humanos. As camadas sociais relegadas a indigência e a vulnerabilidade por debilidade econômico social e por sofrerem permanente violação de direitos fundamentais, merecem proteção particularizada de acordo com a Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993). Por essa razão, a tarefa do jurista:

“é impor igualdade de todos no tocante à sua qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção”.<sup>22</sup>

### **2.3 – Crime e culpabilidade como fatores de impunidade**

A culpabilidade constitui o conceito central da imputação jurídico-penal dos tempos modernos. O injusto, tomado em si, nunca acarreta consequências de natureza jurídico-penal *stricto sensu*, constituindo, assim um conceito auxiliar, importante e didaticamente esclarecedor enquanto na culpabilidade toda imputação chega ao termo final, a imputação penal não é capaz de conduzir além da culpabilidade e, se ficar aquém, permanece sem efeitos especificamente penais.

“A culpabilidade será qualificada como falta de fidelidade ao Direito ou, brevemente, como infidelidade ao Direito. Isso significa uma infidelidade a ser

---

<sup>20</sup> Cf. Renato Scognamiglio, *Il Favoro nella Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, 1978, p.31.

<sup>21</sup> Cf. Sérgio Abreu, *Os Descaminhos da Tolerância*, PP. 120 e seguintes.

<sup>22</sup> Cf. Friedrich Müller. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*, p. 94.

responsabilizada; a fidelidade jurídica é, assim, um termo definido normativamente.”<sup>23</sup>

O injusto do ato consiste na realização do fato faltando um contexto justificante, a culpabilidade consiste na realização de um tipo faltando um contexto escusante. Requisitos positivos da culpabilidade são quatro elementos cumulativamente necessários: a) o autor deve se comportar antijuridicamente; b) ao mesmo tempo, ele deve ser imputável, um sujeito com a capacidade de questionar a validade da norma; c) ele deve agir não respeitando o fundamento de validade das normas; d) dependendo do tipo de delito, devem eventualmente concorrer especiais elementos da culpabilidade, um contexto escusante existe quando a obediência à norma não é exigível, caso que com a falta de motivação jurídica dominante, pode ser declarada desconsiderando-se o autor.

De acordo com a situação, há de se fixar a necessária disposição à obediência da norma e quando pode ser declarada uma falta de disposição suficiente desconsiderando-se o autor depende da finalidade da pena, ou seja, das exigências de um exercício de reconhecimento geral da norma.

A partir da finalidade da pena não é possível derivar nenhuma teoria de culpabilidade, a determinação do injusto depende da constituição da sociedade, na qual devem ser separados Direito e injusto, também o conteúdo da culpabilidade é determinado pela constituição social. A finalidade da pena e constituição social não podem ser combinadas com quaisquer conteúdos, mas devem se adaptar uma à outra.

---

<sup>23</sup> Estefam, André. Direito Penal, volume I. São Paulo: Saraiva, 2010.

### **3. NOVO ENTENDIMENTO ACERCA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Apesar da decisão recentemente tomada, em que limita a presunção da inocência, aparecendo antes do trânsito em julgado, como requisito para afastar uma garantia fundamental sob pressão de setores específicos da sociedade, movidos por uma sanha punitiva resultando propagação, investigações e condenações rumorosas em curso, fazendo ruir direitos duramente conquistados perante a Constituição.

Assim sendo, visando abordar os tópicos referentes a este assunto, contruiu-se este capítulo, no intuito de esclarecer todas as questões relativas ao tema.

#### **3.1 – Decisões Judiciais sobre o tema**

O princípio da presunção de inocência, tem aplicação comumente defendida pela doutrina da norma sob exame que dá-se no campo probatório, havendo dúvida deve ser decidido em favor do réu, a condição de investigado e de réu em processo criminal já traz, por si, indiscutível constrangimento. Apesar disto, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, tem ocorrido seus julgados a respeito da presunção da inocência verso prisões cautelares apresentando oscilações, desarte o entendimento veiculado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a sentença penal condenatória confirmada em segunda instância permite a execução provisória da pena aplicada.

Por maioria, 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal muda jurisprudência e permite prisão a partir da decisão de segunda instância, tema este que veio a ser discutido sobre o ato da legitimidade ao negar provimento ao recurso, exclusivo da defesa, que determinou o início da execução da pena.

Em voto proferido pelo Ministro/Relator Teori Zavascki que assim manifesta (ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, que determinou o início da execução da pena) admitindo a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância:

“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.<sup>24</sup>

Na mesma corrente, defendendo a legitimidade da execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados, o ministro Roberto Barroso no seu entendimento:

“A Constituição Federal abriga valores contrapostos, que entram em tensão, como o direito à liberdade e a pretensão punitiva do estado”, afirmou que. “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.<sup>25</sup>

O ministro Dias Toffoli acompanhou parcialmente o voto do relator, acolhendo sua posição subsidiária, no sentido de que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, mas não de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal:

“A Constituição Federal exige que haja a certeza da culpa para fim de aplicação da pena, e não só sua probabilidade, e qualquer abuso do poder de recorrer pode ser coibido pelos tribunais superiores”.<sup>26</sup>

Avaliando que a execução da pena com decisão de segundo grau não deve ser considerada como violadora do princípio da presunção de inocência é que Gilmar Mendes ressalta que:

---

<sup>24</sup> STF. Plenário. HC 126292/SP, Relator: Min. Teori Zavascki, tribunal pleno, julgado em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Idem.

“No caso de se constatar abuso na decisão condenatória, os tribunais disporão de meios para sustar a execução antecipada, e a defesa dispõe de instrumentos como *habeas corpus* e o recurso extraordinário com pedido de efeito suspensivo.”<sup>27</sup>

A acusação tem uma pretensão, que é a condenação segundo o princípio da presunção de inocência, todos são presumidamente inocentes a esta presunção só se extingue se a acusação chegar ao seu objetivo provando o contrário, havendo dúvida quanto à prescrição do procedimento criminal teria a acusação ônus de provar que tal não ocorreu, porém restou dúvida, outro exemplo a ser observado seria a acusação com o ônus de provar a imputabilidade do acusado, mas ainda sim a dúvida foi instalada e esta valorada a favor do acusado, diante deste exemplo em que o *in dubio pro reo* está associado com a inocência ou culpa do acusado, não logrou êxito por parte da acusação em provar o que queria, restando dúvidas em suas pretensões estas não serão atendidas.

Em esperado voto, lamentando a decisão tomada pela Corte o ministro Marco Aurélio seguiu em divergência, mantendo entendimento que a sentença só pode ser executada após trânsito em julgado “Não vejo uma tarde feliz em termos jurisdicionais na vida deste Tribunal, na vida do Supremo”, para ele há dúvidas se a Constituição pode ser chamada de “Constituição Cidadã”.<sup>28</sup>

Outro que se manifesta positivamente com relação à presunção da inocência até o trânsito em julgado, concedendo liminar a um determinado caso específico o Ministro/Decano Celso de Mello conclui que:

“Tenho por inquestionável a plausibilidade jurídica da pretensão ora exame. Evidente, de outro lado, o perigo da demora, eis que se revela iminente a possibilidade de cumprimento do mandado de prisão cuja expedição foi ordenada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de “*habeas corpus*”, suspender, cautelarmente, a execução do mandado de prisão expedido contra a

---

<sup>28</sup> Sobre o HC 126292/SP, Min. Marco Aurélio, em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://revisar-direito.blogspot.com.br/2016/03/julgamento-historico-stf-muda.html>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

ora paciente na Apelação Criminal nº 1.0024.09.707833-1/004, do E. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, restando impossibilitada, em consequência, a efetivação da prisão de Leonardo Coutinho Rodrigues em decorrência da condenação criminal que lhe foi imposta no Processo-crime nº 7078331-50.2009.8.13.0024 (1º Tribunal do Júri da comarca de Belo Horizonte/MG), sem prejuízo da manutenção das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas pelo magistrado de primeira instância”.<sup>29</sup>

Apesar das muitas discussões sobre o tema, e de alguns juristas e doutrinadores abordarem de formas diferentes a questão, o amparo real desta causa deve estar na jurisprudência. É possível encontrar decisões a favor, conforme está relatado no próximo tópico.

### **3.2 – As Ações para reconhecimento de norma que reforça o princípio da presunção de inocência**

Visando o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação. De acordo com o Código Processo Penal, art. 283:

Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.<sup>30</sup>

O Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) Ações

---

<sup>29</sup> STF. Plenário. HC 135100/MG, Min. Celso de Mello, em 01 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo833.htm>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>30</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>31</sup> STF. Plenário. Sobre (ADCs) 43 e 44, Partido Ecológico Nacional (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 30 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>33</sup> BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 22 de novembro de 2016.

Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44, sobre a primeira ADC “O PEN sustenta que o dispositivo é uma interpretação possível e razoável do princípio da presunção de inocência”<sup>31</sup>, no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, onde:

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;<sup>32</sup>

A OAB sobre a segunda ADC 44 argumenta que: “A nova redação do dispositivo do CPP buscou harmonizar o direito processual penal do ordenamento constitucional, espelhando e reforçando o princípio da presunção de inocência”<sup>33</sup>

Nos dois casos, o pedido de declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP surgiu da controvérsia instaurada em razão da decisão pelo STF, que por maioria dos votos o Plenário considerou o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

(STF) - HC 126292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI (2016)  
Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo

---

<sup>34</sup> STF. Plenário. Sobre ADCs 43 e 44, Partido Ecológico Nacional (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 30 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>35</sup> HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.<sup>34</sup>

Sustentando que a reformulação da jurisprudência, ocorreu sem que tivesse sido examinado a constitucionalidade do novo teor do artigo 283 do CPP introduzido em 2011, que estabelece a necessidade do trânsito em julgado para se iniciar o cumprimento de pena, o Partido Ecológico Nacional (PEN), argumenta sobre a questão e qual o parâmetro em que a condenação penal pode ser objeto de execução provisória, se o STF não declarou a inconstitucionalidade da norma do CPP.

Antecipando as possíveis novas execuções provisórias penais, o partido (PEN) pede que sejam suspensas as execuções de pena antes do trânsito em julgado, e ainda que, até o julgamento da ADC 43, sejam libertadas as pessoas que estão encarceradas sem a referida decisão transitado em julgado.

Subsidiariamente, o PEN, pede caso o primeiro pedido seja indeferido, que seja dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 283 do CPP para determinar, até o julgamento final da ação, a aplicação das medidas alternativas que de acordo com o Código de Processo Penal:

Art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão.

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

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

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

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

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

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

---

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

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;<sup>35</sup>

Substituindo ao encarceramento provisório decorrente da condenação em segunda instância.

O partido (PEN) ainda pede que, se os pedidos cautelares anteriores não forem acolhidos, seja realizada interpretação conforme a Constituição do art. 637 do Código de Processo Penal<sup>36</sup>, onde diz “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”. Condicionando a aplicação da pena à análise da causa criminal pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) quando houver a interposição do recurso especial.

Sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 43, o PEN argumenta que:

“Dada a incompatibilidade da decisão tomada em tal julgamento com o disposto expressamente no artigo 283 do CPP (o qual determina a necessidade de trânsito em julgado da condenação para que ocorra o início do cumprimento da pena de prisão), fica demonstrada a relevância da controvérsia judicial suscitada na presente ação declaratória”<sup>37</sup>

Outra vertente a alegar que a decisão no HC 126292/SP tem gerado caloroso debate doutrinário e uma grande controvérsia jurisprudencial quanto à relativização do princípio constitucional da presunção de inocência, é o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que conforme a entidade, pode

---

<sup>35</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> STF. Plenário. Sobre ADCs 43, Partido Ecológico Nacional (PEN), em 30 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

ameaçar a segurança jurídica além de restringir a liberdade do direito de ir vir. Observa que, apesar da decisão do Plenário não ter efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a adotar posicionamento idêntico, “produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”<sup>38</sup>, o que viola a cláusula de reserva de plenário, expressa no artigo 97 da Constituição Federal:

“Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.<sup>39</sup>

A OAB alega que, como o STF não se pronunciou quanto ao disposto no artigo 283 do CPP, tal omissão leva a conclusão de que o dispositivo válido é portanto, deve ser aplicado pelos tribunais estaduais e federais. Pede então, a concessão da medida cautelar para determinar a suspensão da execução antecipada da pena de todos os casos em que os órgãos fracionários de segunda instância, no mérito da questão o conselho solicita a procedência da ação para declarar a constitucionalidade do dispositivo em questão, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O relator das ADCs 43 e 44, ministro Marco Aurélio determinou: “O apensamento das ações para que o julgamento possa ser realizado em conjunto”<sup>40</sup>

Em outra ocasião, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do CPP, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades (ADCs) 43 e 44, prevalecendo o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena.

---

<sup>38</sup> STF. Plenário. Sobre ADCs 43 e 44, Partido Ecológico Nacional (PEN) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 30 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>39</sup> BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>40</sup> STF. Plenário. Sobre ADCs 43 e 44, Min. Marco Aurélio, em 30 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317545>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

Alguns membros do Poder Executivo se pronunciaram sobre o caso seguindo em divergência em que prevaleceu o entendimento de que a norma não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas instâncias ordinárias.

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator, entendendo que o artigo 283 do CPP espelha o disposto nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam justamente dos direitos e garantias individuais: “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional”<sup>41</sup>, para ministra a Constituição Federal vincula claramente o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado: “Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa”<sup>42</sup>, conclui.

No mesmo sentido ressaltando que o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal é muito claro quando estabelece que a presunção de inocência permanece até trânsito em julgado, o ministro Ricardo Lewandowski ressalta: “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo”<sup>43</sup>, ainda na mesma vertente o ministro afirma que: “A presunção de inocência e a necessidade de motivação da decisão para enviar um cidadão à prisão são motivos suficientes para deferir a medida cautelar e declarar constitucionalidade integral do artigo 283 do CPP”.<sup>44</sup>

Outro a defender que o princípio da inocência é uma garantia atribuída ao cidadão, é o ministro Celso de Mello que segundo ele:

“A presunção de inocência é conquista histórica dos cidadãos na luta contra a opressão do Estado e tem prevalecido ao longo da história nas sociedades civilizadas como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”<sup>45</sup>

Ainda posicionando sobre o caso o ministro/decano do STF Celso de Mello, sobre posição da maioria da Corte no sentido de rever a jurisprudência:

---

<sup>41</sup> STF. Plenário. Sobre indeferimento liminares das ADCs 43 e 44, Min. Rosa Weber, em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Idem.

“reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”(…).“Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”.<sup>46</sup>

O início da execução da pena privativa de liberdade com o advento da decisão condenatória de segunda instância atinge diretamente aos réus economicamente menos favorecidos, assistidos pelas Defensorias Públicas, esta decisão privativa da liberdade despontará inúmeros casos em que os réus menos favorecidos submeter-se-ão a um excesso de execução, se não vierem a ser absolvidos posteriormente.

Diante desta decisão é possível concluir também que pessoas ingressarão no sistema carcerário já superlotado quando sequer deveriam estar lá, ou ingressarão em regimes mais rigorosos do que deveriam, ou ainda, que ficarão mais tempo presas do que o devido.

Desta forma, o que se faz necessário nesta questão, é um entendimento em que o estado de inocência enquanto reitor do processo penal, deve ser observado em todas suas nuances, assegurando ao cidadão a garantia de defender-se ou considera-se inocente até o trânsito em julgado, e ainda o tratamento isonômico das partes, perante o juízo ou seja, durante o transcorrer processual sejam processadas e julgadas com os mesmos pesos e medidas.

---

<sup>46</sup> Idem.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Analisando todas as informações deste estudo, é possível compreender que o judiciário de diferentes partes do país vem levando em consideração a questão sobre o início do cumprimento da pena de um réu antes do trânsito em julgado da condenação definitiva. Esta referida premissa fere o princípio constitucional restringindo os direitos fundamentais, causando dimensões desproporcionais, prejudicando o princípio elementar da justiça.

Respeitar a presunção da inocência é também preservar outros princípios constitucionais como da ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, devido processo legal e sobretudo a dignidade da pessoa humana.

A não aplicação desse relevante direito fundamental diante a parcialidade da sociedade e dos responsáveis por um Julgamento justo, vem demonstrando um julgamento antecipado da culpabilidade do acusado, sabendo que o mesmo pode ser inocente.

O enfrentamento do tema é de suma importância para efetividade do sistema processual brasileiro. Se destaca que o Princípio da Presunção de Inocência deve ser a base do Estado Democrático de Direito, não ocorrendo precipitação no momento de decidir o futuro de um ser humano, afinal, todos deveriam ser considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não podendo sustentar a presunção de culpa, pois o mesmo visa proporcionar igualdade de oportunidades.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Os princípios da Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2001, p. 347.

Direitos Humanos. 4ª Ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1>, Acessado em: 22 de novembro de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 798, 2002, p.23-50.

Luiz Luise, Os princípios constitucionais penais, p.34.

Kinoshita, Fernando. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / Fernando Kinoshita, Marco Aurélio de Melo. – Brasília: OAB Editora, 2003. 304p.

MORAES. *Direitos humanos fundamentais*, p.277-278.

José Souto de Moura. “A Questão de Presunção de Inocência do Arguido”, *in RNT*, p.42 (1990).

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org). Constituição brasileira: um projeto de nação, *In. Reflexões sobre a constituição. Uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: Alumnus, OAB, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.190.

CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.362.

BARBOSA. Comentários à constituição brasileira, p. 11.

TELLES. *Direitos sociais: afinal do que se trata?*, p. 140-141.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito constitucional*. Tomo I. 2. Ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 187.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, tomo 1, p.35.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6 ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

Cf. Carlos Roberto de Siqueira Castro. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas”, in 1988-1998. Uma década de Constituição, PP. 113-114.

Cf. Renato Scognamiglio, *Il Favors nella Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, 1978, p.31.

Cf. Sérgio Abreu, *Os Descaminhos da Tolerância*, PP. 120 e seguintes.

Cf. Friedrich Müller. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*, p. 94.

Estefam, André. *Direito Penal*, volume I. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF. Plenário. HC 126292/SP, tribunal pleno, julgado em 17 de fevereiro de 2016.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000310531&base=baseAcordaos>, Acessado em 22 de novembro de 2016.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm), Acessado em 22 de novembro de 2016.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em 22 de novembro de 2016.