



Qualis A3 ISSN: 2178-2008

ARTIGO

Listas de conteúdos disponíveis em [DOAJ](#)

## Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros



### Presunção de inocência na legislação comparada e na jurisprudência brasileira

Presumption of innocence in comparative legislation and Brazilian jurisprudence

Recebido: 23/02/2022 | Aceito: 19/06/2022 | Publicado on-line: 20/06/2022

Leandro Lara Moreira<sup>1</sup>

<https://orcid.org/0000-0002-1903-541X>

<http://lattes.cnpq.br/5973411886743073>

UniProcessus – Centro Universitário Processus, DF, Brasil

E-mail: [leandro.moreira@mpdf.mp.br](mailto:leandro.moreira@mpdf.mp.br)



#### Resumo

O objetivo desse artigo, constituindo-se de uma pesquisa do tipo qualitativa, com métodos hipotético-dialético e dedutivo, utilizando a técnica de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial, é debater a presunção de inocência na legislação comparada, nos tratados internacionais e no direito brasileiro. Aborda os efeitos processuais da norma insculpida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sob viés tripartido, qual seja regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo. Demonstrar-se-á que a relativização da presunção de inocência é razoável, proporcional e constitucional, fundada na legitimidade da jurisdição constitucional, nos limites delineados pelas balizas legais e jurisprudenciais constantes das leis e tratados internacionais. Demonstrar-se-á que a mitigação do direito à liberdade não ofende o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência.

**Palavras chaves:** Processual Penal. Presunção de inocência. Restrição à regra de tratamento.

#### Abstract

*This article studies the presumption of innocence in comparative legislation, in international treaties and in Brazilian law. It addresses the procedural effects of the rule inscribed in article 5, item LVII, of the Federal Constitution, under tripartite bias, which is the rule of treatment, evidentiary rule and rule of law. It will be demonstrated that the relativization of the presumption of innocence is reasonable, proportional and constitutional, based on the legitimacy of constitutional jurisdiction, within the limits delineated by the legal and jurisprudential balances established in international laws and treaties. It will be demonstrated that mitigation of the right to liberty does not offend the essential core of the presumption of innocence.*

**Keywords:** Criminal procedure. Presumption of innocence. Restriction to treatment rule.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-graduado Lato Sensu em Direito, Estado e Constituição. Pós-graduado Lato Sensu em Direito Penal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Euro-Americano. Professor de Direito Penal na UniProcessus. Membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

## Introdução

O princípio da presunção de inocência tem sido objeto de constantes discussões em sede doutrinária, jurisprudencial e, recentemente, objeto de proposta de emenda constitucional no intuito de determinar qual o momento se permitiria o início do cumprimento da pena, ainda pendente a análise de recursos. Definir a partir de quando se pode executar provisoriamente a pena tem sido questão de alta relevância para a Corte Constitucional brasileira.

O vertente artigo estuda a presunção de inocência na legislação comparada, nos tratados internacionais e no direito brasileiro, relacionando os entendimentos jurisprudenciais, as previsões legais de grandes democracias. Utiliza-se para tanto de cortes epistemológicos limitativos às categorias estudadas, primando pela objetividade.

Em abordagem aos efeitos processuais da norma insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, busca-se demonstrar os limites e parâmetros do instituto sob viés tripartido, qual seja regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo.

Aborda também os instrumentos utilizados pela jurisdição constitucional no intuito de legitimar a restrição de direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, apresenta argumentos que demonstram que a relativização da presunção de inocência foi juridicamente razoável, proporcional e constitucional, fundada na legitimidade da jurisdição constitucional para reduzir alcance de direito fundamental, nos limites instituídos pelas balizas legais e jurisprudenciais do direito comparado dadas ao instituto pela exegese das leis e tratados internacionais.

Busca-se fundamentar a restrição da presunção de inocência, também, na ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, bem como na impossibilidade de reanálise fático probatória nas referidas instâncias.

Concluir-se-á que a mitigação do direito à liberdade, elemento integrante da regra de tratamento, após a cessar a possibilidade de reanálise fática em análise a recurso interposto, não ofende o núcleo essencial do princípio da presunção de inocência, diante da perenidade dos efeitos das regras probatória e de juízo durante todo o julgamento.

Desta conclusão, pode-se depreender que Supremo Tribunal Federal, ao corrigir a interpretação primária da Constituição Federal (1988 a 2009) e negar a possibilidade de execução provisória da pena, decidiu em desalinhamento com jurisprudência comparada e em desrespeito às normas de direito internacional sobre direitos humanos.

## Perspectiva histórica do princípio da presunção de não culpabilidade

A presunção de inocência possui três diferentes orientações, originárias de contextos históricos próprios que foram desenvolvidos nas legislações que a abordaram. O primeiro significado foi sustentado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada em 1789 na França; o segundo firmou-se no debate das escolas penais italianas, culminando na atual redação do artigo 27.2 da Constituição Italiana e o terceiro consolidou-se no artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, aprovada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e subscritas por diversos países, seguida por outros textos internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966<sup>2</sup>.

2 CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o Indivíduo: O conflito entre Punir e Libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Florianópolis, 2001, p. 23.

O referido princípio surge para assegurar ao acusado as garantias de ampla defesa, combatendo o princípio da culpabilidade defendido pela inquisição. Nessa lógica, o filósofo francês Voltaire (1694-1778), influenciado por Beccaria (1738-1794), pregava que a prisão preventiva, tal como a tortura, não poderia ser vista como pena antecipada<sup>3</sup>, caso contrário, tratar-se-ia o suspeito como culpado. Os ideais da Revolução Francesa trouxeram, assim, a abolição da tortura como forma de obtenção de confissão e pregaram, diante da alteração de concepção de Estado, a necessidade de uma reforma no processo penal.

Positiva-se o princípio da presunção de inocência no artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se se considerar indispensável detê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimida pela lei*”, cuja influência de Beccaria foi decisiva para o reconhecimento da completa inocência do indivíduo antes da sentença judicial<sup>4</sup>.

O princípio da presunção de inocência contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 referia-se principalmente ao tratamento do acusado no curso do processo penal, ou seja, presumia-se inocente até a declaração de sentença judicial, em que haveria uma decisão de condenação ou absolvição.

O segundo significado histórico da presunção de inocência originou do debate das escolas penais italianas, que culminou na atual redação do art. 27.2 da Constituição italiana: “*L'imputato non é considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”.

A opção italiana pelo termo “não é considerado culpado” (em vez de “presume-se inocente”) redundou na criação doutrinária, defendida pelos técnico-jurídicos, de um terceiro estado para o indivíduo, que, ao ser processado, não seria nem culpado nem inocente, mas acusado. Segundo Ferrajoli, a presunção de inocência restou esvaziada ou no mínimo enfraquecida, tanto no significado de “regra de tratamento imputado” (exclui ou restringe ao máximo a limitação da liberdade pessoal) quanto no sentido de “regra de juízo” (impõe o ônus da prova à acusação e a absolvição em caso de dúvida), embora o princípio tenha sido reabilitado pela atual doutrina<sup>5</sup>, que não vê distinção entre a presunção de inocência e não culpabilidade que inviabilize o asseguramento dos direitos fundamentais durante o processo.

A Escola Clássica Italiana<sup>6</sup>, herdeira do Iluminismo, realçou o contraste de tratamento do acusado no processo inquisitivo e no processo acusatório, elevando a presunção de inocência em princípio fundamental da ciência processual e em pressuposto de todas as garantias do processo.

O terceiro significado histórico da presunção de inocência é oriundo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que:

“*contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais*”<sup>7</sup>.

Como medida de reação às violações aos direitos humanos (regimes totalitários e guerras mundiais), a Europa reage à proteção das liberdades públicas, aprovando

3 VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 32.

4 Idem.

5 TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 65.

6 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 45.

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992, p. 30.

na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, o princípio da presunção de inocência (artigo 11, nº. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos):

*“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpa culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.*

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), que determina em seu artigo 14 – 2: *“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa”.* Seguiram também este ideário as diversas Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento dos privados de liberdade (Regras Mínimas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – nominadas de Regras de Beijing<sup>8</sup>).

Na mesma linha, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica” - 1969)-, em seu artigo 8-2, proclama: *“Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove legalmente sua culpa”.*

Dessa forma, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aliada à Declaração Universal dos Direitos do Homem, formaram a *International Bill of Rights* (Carta Internacional de Direitos do Homem), instrumento que significou o primeiro passo para a formação de um sistema global de proteção aos direitos humanos<sup>9</sup>.

Os valores extraídos destas normas internacionais mencionadas foram incorporados ao ordenamento jurídico como garantia fundamental no Estado de Direito brasileiro.

### **Presunção de inocência no direito comparado**

O princípio da não culpabilidade foi consagrado na maioria dos países. É interessante observar que os efeitos jurídicos agasalhados e decorrentes deste direito humano não encontram interpretações amplas e peremptórias nos diversos países pesquisados, não se exigindo o trânsito em julgado para início da execução da pena.

No Chile, o referido princípio está positivado no Código de Processo Penal. A doutrina majoritária daquele país leciona que tal instituto produz dois efeitos, vejamos:

*“De este modo, consciente de ello, el actual Código Procesal Penal (en adelante “C.P.P.”) efectuó una doble consideración a su respecto: En primer lugar, enfatizó que “ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme” (Art. 2 C.P.P.); y, em segundo lugar, preceptuó que: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la Ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración” (Art. 340 del C.P.P.)”<sup>10</sup>*

8 Varalda, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. ed. Sergio Antonio Fabris Editora. Porto Alegre. 2007, p. 29.

9 MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010, p. 182.

10 BELTRÁN, Ramón. *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*. Polít. crim. Vol. 7, Nº 14 (Diciembre 2012), Art. 6, pp. 454 - 479. [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf).

Como se vê, há a adoção da regra de juízo, a qual institui garantia de que não se condena cidadão chileno sem a demonstração de evidências concretas, ausente dúvida razoável, circunstância que, *contrario sensu*, impõe a absolvição em caso de dúvida. Há também regra de tratamento, embora não haja necessidade de trânsito em julgado para que um cidadão chileno inicie o cumprimento da pena.

No Canadá, o código criminal dispõe que uma corte deve, o mais rápido possível, depois que o autor do fato for considerado culpado, conduzir os procedimentos para que a sentença seja imposta.

Na Suprema Corte Canadense, o julgamento do caso *R. v. Pearson*<sup>11</sup>, consignou que a presunção de inocência não significa, por certo, a impossibilidade de prisão do acusado antes que seja estabelecida a culpa sem nenhuma dúvida. Todavia, após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como exceção a possibilidade de fiança, que deve preencher requisitos rígidos previstos no *Criminal Code*, válido em todo o território canadense.

Nos Estados Unidos da América a presunção de inocência não aparece expressamente no texto constitucional, mas é vista como corolário da 5ª, 6ª e 14ª Emendas<sup>12</sup>. Um exemplo da importância da garantia para os norte-americanos foi o célebre caso *Coffin versus Estados Unidos*<sup>13</sup> em 1895, oportunidade em que se decidiu que:

*“The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary, and its enforcement lies at the foundation of the administration of our criminal law. Concluding, then, that the presumption of innocence is evidence in favor of the accused, introduced by the law in his behalf, let us consider what is ‘reasonable doubt.’ It is, of necessity, the condition of mind produced by the proof resulting from the evidence in the cause. It is the result of the proof, not the proof itself, whereas the presumption of innocence is one of the instruments of proof, going to bring about the proof from which reasonable doubt arises; thus one is a cause, the other an effect. To say that the one is the equivalent of the other is therefore to say that legal evidence can be excluded from the jury, and that such exclusion may be cured by instructing them correctly in regard to the method by which they are required to reach their conclusion upon the proof actually before them; in other words, that the exclusion of an important element of proof can be justified by correctly instructing as to the proof admitted. The evolution of the principle of the presumption of innocence, and its resultant, the doctrine of reasonable doubt, make more apparent the correctness of these views, and indicate the necessity of enforcing the one in order that the other may continue to exist.”*<sup>14</sup>

Além da jurisprudência, o Código de Processo Penal americano (*Criminal Procedure Code*), vigente em todos os Estados, em seu artigo 16, dispõe que se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredicto efetivo. Contudo, é comum o fato de as decisões penais condenatórias serem executadas imediatamente seguindo o mandamento expresso no referido código. A subseção sobre os efeitos da sentença dispõe que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções<sup>15</sup>.

11 Sítio da Suprema Corte do Canadá: (1992) 3 S.C.R. 665 - <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/940/index.do>, acesso em 28 de maio de 2017.

12 ULVÄNG, Magnus. *Criminal and Procedural Fairness: Some Challenges to the Presumption of Innocence* Crim Law and Philos. Faculty of Law, Uppsala University, Uppsala, Sweden (2014) 8:469–484 DOI 10.1007/s11572-013-9259-0, disponível em [https://app.vlex.com/#WWW/search\\*/presumption+of+innocence/WWW/vid/575693954](https://app.vlex.com/#WWW/search*/presumption+of+innocence/WWW/vid/575693954).

13 U.S., 156 U.S. 432 (1895) - <http://www.constitution.org/ussc/156-432.htm>

14 ULVÄNG, Magnus. op. cit.

15 Idem

Para os alemães, não obstante a relevância da presunção da inocência, em face de uma sentença penal condenatória, o Código de Processo Alemão prevê efeito suspensivo apenas para alguns recursos. Não há dúvida, porém, e o Tribunal Constitucional assim tem decidido, que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo. Os alemães entendem que a eficácia da sentença é uma qualidade que as decisões judiciais possuem quando nenhum controle judicial é mais permitido, exceto os recursos especiais, como o recurso extraordinário. As decisões eficazes, mesmo aquelas contra as quais tramitam recursos especiais, são aquelas que existem nos aspectos pessoal, objetivo e temporal com efeito de obrigação em relação às consequências jurídicas.<sup>16</sup>

Na Colômbia, há também a positivação da presunção de não culpabilidade com viés garantista, quanto ao estrito cumprimento das regras do processo penal, bem como institui regra de juízo quando da valoração da prova, observando o princípio do *in dubio pro reo*.

Nota-se que o: “*Código de Procedimiento Penal para Colombia (ley 906 de 2004, 2004), que desarrolla el actual sistema de tendencia acusatoria, consagró también em el artículo 7° del Título preliminar “Principios rectores y garantías procesales”, la presunción de inocencia en los siguientes términos: Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.* (Ley 906 de 2004, 2004, art. 7)<sup>17</sup>.

A Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Ressalte-se, ainda, que o art. 983 do Código de Processo Penal espanhol admite até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância<sup>18</sup>.

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição Nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. De fato, o Código de Processo Penal federal dispõe que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494. A execução imediata da sentença é, aliás, expressamente prevista no art. 495 do CPP, e que esclarece que essa execução só poderá ser diferida quando tiver de ser executada contra mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 meses no momento da sentença, ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida<sup>19</sup>.

16 Ibidem.

17 Rúa, Mónica María Bustamante: *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano*. Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 17, pp. 71-91 - ISSN 1692-2530. Enero-Junio de 2010/222 p. Medellín, Colombia.

18 Idem.

19 GARCIA, Monica Nicida et al. *Execução provisória da pena um contra ponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 84.078*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPODIVM; [Brasília]: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010. p. 411-430.

Por fim, na Constituição Portuguesa de 1974, há cláusula com previsão semelhante àquela incorporada pela Constituição Federal de 1988, na qual está inserta a referida garantia nos seguintes termos:

“Artigo 32.º Garantias de processo criminal:

[...]

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”<sup>20</sup>

Todavia, o Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições. Admite que o mandamento constitucional que garante esse direito remeteu à legislação ordinária a forma de exercê-lo. As decisões dessa mais alta Corte portuguesa dispõem que tratar a presunção de inocência de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares<sup>21</sup>.

### **Interpretação da norma insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**

Há classificações e modos de se analisar os efeitos do referido princípio ora estudado no processo penal e, por não ser o objetivo deste trabalho analisar os mais diversos matizes teóricos e práticos de incidência, abordar-se-ão os vieses majoritários no que concerne aos efeitos processuais que permitam sopesar, ao final, todas as variáveis apresentadas e úteis a supedanear a conclusão desta pesquisa. Vejamos.

O avanço democrático nacional trouxe o compromisso ao constituinte brasileiro de 1988 em firmar a presunção de inocência como direito fundamental. Assim, o ordenamento jurídico consagra o princípio da presunção de inocência no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Embora a constituição não faça uso do termo presunção de inocência, há aceitação ampla sobre esta nomenclatura do referido princípio (também nominado de presunção de não culpabilidade), o qual emana da norma acima transcrita.

A presunção de inocência pertence aos princípios fundamentais, como direito subjetivo público<sup>22</sup>, tendo sido consagrada em nível constitucional nos países europeus, no direito anglo-saxônico e em alguns países da América Latina, a destacar o Brasil. Trata-se assim não apenas de um princípio inspirador de política criminal, mas também de um critério normativo direito, uma garantia constitucional de processo penal.

Gomes Filho sustenta duplo significado ao preceito, ora como regra probatória, indicando que a demonstração da culpabilidade incumbe à acusação, não cabendo ao réu provar a sua inocência, bem como a decisão favorável ao réu em caso de dúvida; ora como regra de tratamento dirigida à proscrição de qualquer restrição à liberdade pessoal, senão em casos de absoluta necessidade. “A presunção de inocência constitui, assim, no Estado de Direito, o pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal”<sup>23</sup>.

20 Constituição Portuguesa: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 1º/06/2017.

21 GARCIA, Monica Nicida et al. Op. Cit.

22 VILELA, Alexandra. Op. Cit., p. 58-60.

23 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão Cautelar e o Princípio da Presunção de Inocência. Fascículos de Ciências Penais. Ano 5. V. 5. Jan.-Març. 1992. p.19. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Para Gomes, o princípio da presunção de inocência, do ponto de vista extrínseco (formal), configura um direito constitucional fundamental, inserindo no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa e do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões inequívocas no campo probatório, das garantias do acusado. Defende também, no campo de direito material, a projeção do preceito no âmbito de interpretação das leis penais (em igualdade de condições, a preferência é pelo sentido mais favorável ao acusado) e de limitação à atividade legislativa<sup>24</sup>.

Decorrem do referido princípio, como direito fundamental, valores estudados em suas dimensões objetivas e subjetivas. Reconhece-se que só direitos fundamentais, notadamente os voltados ao processo penal, têm como principal finalidade, em sua dimensão subjetiva, “conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”.<sup>25</sup>

A dimensão objetiva conforma, informa e parametriza todo o ordenamento jurídico e todas as ações públicas e particulares, tornando-se um complemento jurídico para a dimensão subjetiva. Projetam efeitos e exercem função mesmo que não haja uma necessidade específica de um indivíduo, ou seja, atuam sem que haja uma específica relação subjetiva entre cidadãos ou entre cidadão e Estado<sup>26</sup>.

Projeta eficácia irradiante 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 normativas feitas por órgãos do Executivo e, principalmente, do Judiciário.

Por fim, pode-se afirmar que a maioria da doutrina nacional leciona que o princípio da não culpabilidade carrega em seu âmago o resguardo da liberdade do acusado, não podendo este ser preso antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, salvo em razão de medidas cautelares.

Os efeitos processuais específicos do referido instituto serão estudados em tópico específico.

### **Presunção de inocência sob viés tripartido: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo**

Tanto a doutrina estrangeira como a mais abalizada doutrina nacional estudam sob triplo viés o princípio da presunção de inocência. Quanto à regra de tratamento, esta impõe ao Estado a obrigação de tratar o investigado/réu como se inocente fosse, com todas as garantidas daí decorrentes.

Assim, mister observar o fiel cumprimento das garantias constitucionais e leis processuais penais, as quais se devem ter como pressupostos essenciais para a efetivação da garantia da presunção de inocência<sup>27</sup>. O ordenamento jurídico brasileiro dispõe de extensas previsões de regras e entendimentos jurisprudenciais que tutelam a persecução penal, cuja conexão à presunção de inocência ou diretamente dela decorrentes são mencionadas, senão vejamos:

24 GOMES, Luis Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência*. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo. RT, 1999, p. 109.

25 DIMOULIS, Dimitre e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007. p. 63.

26 Idem. pp. 118/119.

27 RÚA, Mónica María Bustamante. Op. Cit.

Não se admite início de investigação por denúncia anônima sem anteriores diligências que a confirmem<sup>28</sup>; Garante-se ao investigado amplo acesso aos autos do procedimento investigativo (art. 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94); Há garantia fundamental de reserva de jurisdição quando da necessidade de interceptação telefônica, busca e apreensão em domicílio (art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal - C. F.), restrição da liberdade por prisões provisórias etc.; O acusado tem direito à defesa técnica na fase judicial, à não autoincriminação e ao silêncio em qualquer fase da persecução penal.

A ele ou a ela é garantido também o direito de mentir sobre os fatos, de fugir e de ser ressarcido pelo Estado por danos decorrentes de erro judiciário bem como se excedido o tempo de prisão fixado em sentença (art. 5º, inciso LXXV, da C. F). Não se admite a inclusão do nome do condenado no rol dos culpados sem sentença transitada em julgado (art. 393, II, Código de Processo Penal); não se permite restrição aos direitos políticos ativos antes do trânsito em julgado (art. 15, inciso III, da Constituição Federal). Há previsão de cumprimento de prisões provisórias dos presos em local distinto daqueles que possuem condenação definitiva. Admite-se a prisão provisória apenas nas hipóteses legalmente previstas, diante da demonstração suficiente de autoria e materialidade do fato. Por fim, garante-se a condução do preso em flagrante em audiência de custódia para aferir a legalidade desta.

Sobre a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, majoritariamente, entende a doutrina que não se pode restringir a liberdade do investigado ou réu, salvo caso de prisão provisória. Por todos, Fernandes leciona que *se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena*<sup>29</sup>. Nessa linha de inteligência, não caberia nenhuma execução de pena fundada em sentença sem trânsito em julgado<sup>30</sup>, como após o julgamento em segunda instância ou após plenário do tribunal do júri.

Por outro lado, embora não conexo ou corolário do princípio da presunção de inocência, pode-se afirmar que o direito brasileiro alberga ampla estrutura jurídica de tutela da liberdade do cidadão. Pode-se apresentar, dentre outras, a organização constitucional dos órgãos de persecução penal, definição de competência, delimitação de atuação e órgão de controle e fiscalização deste sistema. Há norma penal que tutela a administração da justiça na hipótese em se imputa crime a quem é sabido inocente, do qual decorre investigação (Art. 339 do Código Penal). Destaque-se ainda a previsão do crime de tortura na hipótese em que autoridade constrange alguém com emprego de violência ou grave ameaça, impondo sofrimento físico ou mental, com finalidade de obter informação ou confissão, o qual é crime hediondo com sanção de demissão automática como efeito da sentença condenatória.

Por fim, em relação de complementaridade, pode-se unir outros direitos fundamentais, mais abrangentes, representado pelo devido processo legal, do qual são corolário os princípios do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, do respeito à intimidade, à integridade física, moral e psicológica, entre outros.

Em seguida, a presunção de inocência como “norma probatória” abrange campo específico daquele instituto constitucional e é voltada à determinação: de quem deve provar, por meio de que tipo de prova e, por fim, o que deve ser provado.

28 [HC 135969 AgR/MA](#) - MARANHÃO AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 29/11/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31-01-2017 PUBLIC 01-02-2017

29 FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 328.

30 MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 503.

O primeiro aspecto - quem deve provar - refere-se ao ônus probatório, o qual é incumbido ao órgão acusador, que, em nossa legislação, é órgão distinto do julgador, por ser adotado o sistema acusatório<sup>31</sup>.

O segundo ponto - por meio de que tipo de prova - refere-se à licitude da prova, buscada, produzida, analisada e considerada pelo juiz dentro dos padrões definidos pela Constituição e pelas leis processuais<sup>32</sup>.

Por fim, quanto ao terceiro ponto, de forma conglobada, a doutrina latino-americana leciona que:

*“Se deriva, en consecuencia, de esta regla probatoria, lo siguiente (Fernández,2005): a) la existencia de actividad probatoria suficiente; b) la existencia de prueba de cargo, que recaiga sobre la existencia del hecho y la participación en él del acusado –prueba directa e indirecta–, expresando en la sentencia las razones que llevan al juez a valorar que se trata de prueba incriminatoria; c) actividad probatoria suministrada por la acusación; d) prueba practicada en juicio oral; e) pruebas practicadas com respeto de las garantías procesales y de los derechos fundamentales: Igualmente esta exigencia excluye que la prueba obtenida con desconocimiento de los derechos fundamentales pueda ser valorada en la sentencia.”*<sup>33</sup>

Conclui-se que, sob o viés de norma probatória e seus efeitos processuais, nos termos e moldes apresentados pela doutrina internacional, a presunção de inocência está positivada na legislação interna e é aplicada pelo Poder Judiciário nacional. Condenações penais estão fundadas em escorreito respeito às normas processuais, em que se demonstra quadro probatório para além de qualquer dúvida razoável, em conjunto harmônico hábil a convencer o julgador.

Como regra de juízo, esta vertente do princípio em estudo incide em todas as decisões, interlocutória ou de mérito, tanto no instante de se analisar o material probatório produzido quando da formação convicção judicial, com a exigência de que seja devidamente fundamentada, em que haja a exposição das razões de fato e de direito.

Este viés difere da regra probatória em razão de sua incidência apenas sobre o material probatório produzido e coligido aos autos. Difere também por, neste aspecto, haver conotação subjetiva, porquanto repousa em essência na determinação da “suficiência da atividade probatória”, para reverter o “estado de inocência” constitucional.<sup>34</sup>

Nesta regra (de juízo) agasalha-se a exigência de atividade probatória suficiente, sob pena de incidência dos princípios do *in dubio pro reo* e *favor rei*. Em breve distinção entre os referidos brocardos, o ponto central resulta da observação do sentido que as próprias expressões empregam. *In dubio pro reo* traz em si uma ideia de que há dúvida (*in dubio*) e que ela deve ser resolvida favoravelmente ao réu. *Favor rei*, em sua base informadora, estão os ideais de igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da liberdade, por meio do devido processo legal. O *favor rei* incide tanto no campo legislativo, para conformação das leis que visem garanti-los, quanto no campo judicial, na medida em que indica ao julgador qual é a opção axiológica definida constitucionalmente. O *in dubio pro reo* não tem incidência no legislativo.<sup>35</sup>

31 MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 461.

32 Idem, p. 462.

33 Rúa, Mónica María Bustamante. Op. Cit

34 MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 469.

35 MORAES, Maurício Zanoide de. Op. Cit. p. 365.

Neste aspecto, são integrantes de um direito fundamental destinado à aplicação em âmbito processual penal, ou seja, ao julgador e, também, ao legislador, não se podendo furtar-se à aplicação, sob pena de agir inconstitucionalmente, por descumprimento da presunção de inocência.

Neste contexto, demonstra-se a inexistência de poder ilimitado na persecução penal, em qualquer grau de jurisdição. O argumento de que o processo penal brasileiro é ditatorial (com viés fascista) não coaduna com a leitura que se faz a partir da constituição de 1988, de onde se depreende extenso rol de garantias.

### **Jurisdição constitucional e colisão de princípios**

Não se busca estudar neste tópico de forma exauriente a filosofia, o desenvolvimento histórico, os métodos e os instrumentos de hermenêutica constitucional, mas apenas abordagens que permitam, alfim, fazer juízo de ponderação sobre a norma constitucional sob estudo.

Neste intuito, de forma sucinta, há autores lecionando que o uso da hermenêutica clássica, por se valerem dos métodos lógico-gramatical, histórico-evolutivo, sistemático e teleológico, é insustentável para um estudo do Direito Constitucional, o que demandaria dos juristas um novo esforço por evoluir e absorver uma complexidade maior, abandonando a subordinação à vontade de um suposto criador, pois afinal, hoje, sabe-se que um direito que se presta democrático tem no Povo seu titular e sua fonte de soberania e não em vontades particulares, como queriam os juristas de outrora<sup>36</sup>.

A partir dessas características, inicia-se discussão sobre a necessidade de desenvolver métodos hermenêuticos próprios para as normas constitucionais. Assim, ganha notoriedade as pesquisas de Konrad Hesse, ao afirmar que a hermenêutica constitucional deve voltar-se para o problema da concretização. Ou seja, a leitura hermenêutica se apoiaria, segundo esse autor, na criação de catálogo de *topoi*<sup>37</sup>, pretendendo guiar o intérprete no curso da sua atividade.<sup>38</sup>

Hesse se apoia no seguinte catálogo: na “unidade da constituição, na concordância prática (ou harmonização), na exatidão (conformidade ou correção) funcional, no efeito integrador (ou eficácia integradora), na forma normativa da constituição, na máxima efetividade e na interpretação das leis conforme a Constituição<sup>39</sup>.”

Com isso, a proposta do citado autor alemão se dirige à ampliação do círculo de intérpretes constitucionais, advogando uma pluralidade de intérpretes alinhada a uma perspectiva típica de um Estado Democrático de Direito que busca a abertura e não o fechamento, em contraste com o que ele chama de sociedade fechada de intérpretes típica da hermenêutica clássica, no processo de concretização e densificação das normas constitucionais.<sup>40</sup>

Nessa linha de intelecção, os princípios jurídicos deixaram de ser vistos como elementos de uma racionalidade especial e atemporal, divina ou universal, para pertencerem ao conceito de *norma jurídica*, passando este a ser formado por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos. Por outro lado, a

36 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Os passos da hermenêutica: Da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao estado de democrático de direito*. Interpretação Constitucional - Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes. ed. Juspoim, 2010, pp. 32/33.

37 Idem. p. 38. Para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir a verdade.

38 Ibidem. p.39.

39 Ibidem, pp 46/50.

40 Ibidem, p. 58.

conquista da normatividade dos princípios é expressa pelo seu conteúdo deontológico, no sentido de que estabelecem obrigações, permissões ou proibições.

As regras são diferentes dos princípios porque são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing-fashion*) e, por isso, se a regra é válida, ela deve fazer incidência conforme procedimento de subsunção silogístico<sup>41</sup>.

Sobre o assunto faz-se mister mencionar o debate no direito norte-americano. A corrente denominada interpretativista vem defendendo que, ao interpretar a Constituição, os juízes devem se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos ou, pelo menos, tidos como claramente implícitos (textura semântica) e, assim, tendo como limite máximo de abertura uma busca pela intenção dos fundadores. A segunda corrente, não-interpretativista, em franco crescimento, preza mais pela concretização dos direitos consagrados no texto constitucional que pela interpretação formalista deste.<sup>42</sup>

Nesse sentido, enquanto os interpretativistas vão afirmar que a solução adequada constitucionalmente para os dilemas e conflitos que surgem na seara jurídica deve ser buscada e trabalhada na intenção dos criadores da Constituição, os não-interpretativistas de modo geral buscarão as respostas nos valores e tradições advindos da própria sociedade. Na jurisprudência dos Estados Unidos da América fala-se também em devido processo substantivo (*substantive due process*), que, de maneira sintética, estabelece uma relação de contabilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados - razoabilidade interna -, bem como a aferição da legitimidade dos fins - razoabilidade externa.<sup>43</sup>

Na jurisdição constitucional brasileira vê-se que é crescente a utilização de um instrumento importado do direito constitucional alemão, denominado ponderação de bens e interesses com base na aplicação do princípio da proporcionalidade.

A ponderação socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles.<sup>44</sup>

### **Interpretação restritiva do princípio da presunção de inocência**

Viu-se que a presunção de inocência é um direito humano, positivado em diversos países bem como em tratados internacionais, com intuito de resguardar todo aquele que se vê no polo passivo de persecução penal. Em sua gênese, visava preservar núcleo mínimo do direito de defesa, na tutela de um processo em que houvesse respeito às regras processuais e, em especial, à liberdade individual a qual, alfim, poderia ser restringida em razão de imposição de sanção penal, após formação da culpa, todavia sem impor a necessidade de exaurimento de todas as vias recursais.

Esta interpretação estrita está em harmonia com os textos das convenções internacionais, bem como com a interpretação das legislações analisadas neste estudo. É nesta linha de argumentação que se busca demonstrar que é possível reduzir o âmbito de incidência do referido instituto, sem lesão ao núcleo essencial. Vejamos.

41 Ibidem, p. 51.

42 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Os passos da hermenêutica: Da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao estado de democrático de direito*. Interpretação Constitucional - Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes. ed. Juspvom, 2010, p. 61.

43 BARROS, Sussana de Toledo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. ed. Brasília. Brasília Jurídica. 2000, p. 66.

44 BARROSO, Luiz Roberto. *Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*. Interpretação Constitucional - Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes. ed. Juspvom, 2010, p. 201.

Por certo que a expressão 'ninguém será considerada culpado até o trânsito em julgado' constante do Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal remete ao entendimento literal de que há a necessidade de esgotamento das vias processuais para se aferir de forma positiva a culpa pela imputação. A doutrina nacional majoritariamente faz interpretação literal do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, advogando a tese de que não pode executar a pena antes do trânsito em julgado, valendo-se, portanto, do critério hermenêutico clássico como instrumento de extração de norma. Argumenta-se que não cabe interpretação em razão da clareza do dispositivo legal.

Por outro viés, o intuito é apontar diretrizes pelas quais se entende possível cindir os efeitos da interpretação dada ao instituto no que concerne ao lapso temporal de quando ocorre o momento da formação da culpa. Pode se aduzir que, antes do trânsito em julgado, de fato, não se produzem alguns efeitos decorrentes da condenação penal, tais como perda da capacidade eleitoral ativa, o dever de indenizar o prejuízo causado como efeito secundário da condenação, inclusão do nome no rol dos culpados, perda do cargo público (a jurisprudência atual mantém o pagamento de salário durante o trâmite do feito<sup>45</sup>) consideração de processo em curso como Maus Antecedentes ou para efeito de reincidência etc. Embora efeitos secundários, todos decorrem deste *status* de inocência.

Quando se faz a análise sobre esta estrutura normativa do princípio da presunção de inocência, para fins de sopesamento dos valores constitucionais ínsitos, deve-se ter como objetivo, também, a antevisão das consequências processuais penais quando da extração do sentido da norma.

Por certo que as cortes constitucionais, por serem também políticas, decidem influenciadas por questões de política criminal, relativas a melhor administração da justiça e não apenas sob critério técnico ou literal, todavia em legítimo exercício de suas atribuições constitucionais.

Nessa perspectiva, quando necessário reduzir âmbito de incidência de direito fundamental, “Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso, que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade”.<sup>46</sup> Acrescenta-se que, em qualquer hipótese, o núcleo essencial deve ser preservado e, ainda, a restrição se dá em favor de outros valores de igual nível.

Mais especificamente, a presunção de inocência é princípio e, como tal, pode ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderado com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes<sup>47</sup>, tudo em obséquio à jurisdição constitucional, em que se interpreta a lei a partir da constituição e não o contrário.

Portanto, em sendo teoricamente aceito a restrição a direito fundamental, apresentam-se os alicerces em que se fundamentam e se justificam a medida.

De início, viu-se que esta garantia à presunção de inocência possui estrutura triplíce, como se demonstrou nas exposições sobre as regras de tratamento, probatória e de juízo.

Sob o viés tripartido da presunção de não culpabilidade, por certo, as regras probatórias e de juízo não sofrem mitigações ao longo do transcurso do processo. O juízo de valor que se fará sobre as provas produzidas - para saber se o foram de forma lícita, em respeito às cláusulas de reserva de jurisdição, com direito à não

45 RMS 19188/RN RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0157670-0 Relator Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento 12/09/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 09/10/2006. p. 313.

46 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43.

47 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Op. Cit.

autoincriminação, à fuga e, ainda, a mentir etc., aliadas ao benefício da dúvida, isto é, à necessidade de padrão probatório para além de qualquer dúvida razoável – permite a conclusão de que se preserva o núcleo essencial do referido princípio e que, assim, não há lesão a direito humano nem a garantia fundamental, ao contrário, é demonstração de que há tutela efetiva e concreta destas cláusulas nestes aspectos.

Pode-se argumentar, como fundamento de integridade do direito humano preservado, no tocante ao direito comparado, a interpretação que se fez deste postulado por todos os países estudados obedece, *mutatis mutandis*, a regra insculpida no artigo 11, nº. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, qual seja, há presunção de inocência em favor de investigado ou processado até que a culpa seja demonstrada e provada de acordo com lei circunstância em que não se exigiu o trânsito em julgado como marco temporal para inversão da presunção de não culpabilidade. Ao contrário, há países em que o julgamento de primeira instância é suficiente para se permitir a execução antecipada da pena, como se vê da jurisprudência dos Estados Unidos e da Alemanha.

Ademais, como observou em seu voto à época a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 85.886<sup>48</sup>, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema,” ou seja, não se permitiu âmbito de proteção da presunção de inocência em moldes amplos e fixado apenas quando do trânsito em julgado.

Em Portugal, a constituição traz narrativa com as mesmas expressões utilizadas na regra brasileira e, ainda assim, não há interpretação estendendo a garantia de liberdade apenas após a ausência de qualquer impugnação.

Dar interpretação ao referido princípio para excepcionar o Brasil como único país do mundo, diga-se, com quatro instâncias, uma infinidade de possibilidades recursais, desprestigiando a atividade judicante de duas instâncias, de resto as únicas que analisam, em regra, o contexto fático probatório - exceto competências originárias das cortes superiores -, não concretiza direitos fundamentais de relevante interesse coletivo, tais como a celeridade processual na prestação jurisdicional, sob aspecto da efetividade das decisões (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal – C.F.) e a segurança pública (art. 6º, C.F.).

Reitere-se, é necessário lembrar o cabedal de vetores axiológicos emanados das regras de tratamento, probatória e de juízo tutelam. Assim, as regras probatórias e de juízo incidem de forma perene e sistemática nos processos penais, irradiando seus efeitos durante todo o trâmite processual penal, integrando o núcleo duro do referido princípio.

Quanto à regra de tratamento, em obséquio aos seus múltiplos aspectos de incidência, a liberdade do réu pode sofrer restrição após determinado momento processual. A questão central é definir quando.

Entende-se razoável fixá-la quando do exaurimento da possibilidade de reanálise fática, qual seja na segunda instância, ordinariamente, e após o julgamento no plenário do tribunal do júri, neste caso, em razão do princípio da soberania dos veredictos.

Não havendo a possibilidade de nova valoração dos fatos, está assentada em verdade judicial provisória. Ademais, a partir daí, recursos interpostos às cortes superiores não possuem efeitos suspensivos, razão pela qual não seria aplicável a

48 HC 85886/RJ Relator: Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 06/09/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 454-461.

suspensão dos efeitos da decisão, nos termos do artigo 637 do Código de Processo Penal brasileiro.

Do mesmo modo, tal entendimento deve ser estendido ao tribunal do júri, em razão de a decisão lá proferida ser qualificada como soberana, ou seja, nenhum outro órgão judicial poderá alterá-la no que diz respeito ao mérito. Nesse aspecto, uma vez proferido veredicto condenatório pelo Conselho de Sentença, mister se faz expedir mandado ordem de execução, ausente pois qualquer reanálise posterior do contexto fático.

Dessa forma, ausente a possibilidade de revolvimento do quadro fático, é razoável e proporcional entender estabelecido, dentro de todas as garantias processuais constitucionais e penais, as premissas probatórias carreadas aos autos, não excluindo a possibilidade de ingresso com ações autônomas de impugnação para afastar eventual ilegalidade evidente.

Nessa linha de intelecção, andou bem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao se permitir a execução da pena a partir do julgamento de segunda instância. O que não se nos afigura razoável nem proporcional, destoante da jurisprudência mundial, diante das variáveis expostas, é exigir o aguardo do trânsito em julgado para eventual execução antecipada de pena.

No debate jurídico brasileiro, é preciso interpretar e aplicar as normas construindo também decisões consequencialistas, isto é, que produzam, para a sociedade, resultados que concretizem os valores constitucionais, não apenas individuais, mas também coletivos.

Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal, quando julgamento do Habeas Corpus nº 126292<sup>49</sup>, em 17 de fevereiro de 2016, alterando jurisprudência, decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Em razão de a decisão ter sido tomada em uma ação autônoma de impugnação, embora pelo plenário da corte, outros recursos e ações foram apreciados, onde se discutiram outros fundamentos.

No dia 05 de outubro de 2016, a egrégia corte negou pedidos de liminares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade números 43 e 44 (em apenso e pendentes de publicação), as quais requeriam que a vedação contida no artigo 283 do Código de Processo Penal assegurasse o aguardo do trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena imposta, mantendo o entendimento sobre a possibilidade de execução antecipada da pena.

Ocorre que, em 07/11/2019, o STF mudou o entendimento anterior e entendeu constitucional o art. 283 do Código de Processo Penal, condicionando o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Adotou, dentre outros fundamentos, na apreciação da medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, consignado o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e a situação precária das penitenciárias.

Ao esposar este entendimento a Suprema Corte se desalinha da jurisprudência comparada das maiores democracias mundiais, precariza e ignora decisões das instâncias ordinárias, favorece à impunidade e atrasa a prestação jurisdicional na seara penal, bem como desrespeita o núcleo fundamental do princípio da presunção

49 HC 126292/SP. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI,. Julgamento: 17/02/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG. 16-05-2016 PUBLIC. 17-05-2016

de inocência, negando obséquio às diversas normas de direito internacional sobre direitos humanos.

### Considerações Finais

A breve evolução histórica da presunção de inocência permitiu constatar que o surgimento do instituto tinha intuito de garantir um processo justo, em reação às violações aos direitos humanos, instituindo obrigação de respeito às regras processuais e vedando a restrição da liberdade de réu formação prévia de culpa.

A previsão constitucional da presunção de inocência encontra majoritariamente na doutrina nacional a ideia de que seria necessário o trânsito em julgado para se executar a pena. Ocorre que, como direito fundamental, em análise conglobada dos três aspectos do referido princípio (regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo), é constitucional sustentar a restrição de regra de tratamento, fundado no esgotamento da análise da matéria fática em segunda instância e em plenário do tribunal do júri, ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, na jurisprudência comparada e, sob o entendimento de que a restrição neste aspecto não ofende o núcleo essencial da presunção de inocência.

Conclui-se, em última análise, embora se admita legitimidade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, ao não restringir direito fundamental, agasalhando apenas os critérios de política criminal, rejeitando a hermenêutica clássica, fulcrada na literalidade, mas também os valores sociais caros à coletividade, como o senso comum de justiça.

Dessa forma, é constitucionalmente aplicável o contrabalanceando dos matizes axiológicos oriundos da tutela da liberdade, individual e coletiva (celeridade processual, segurança pública), em observância à razoabilidade, proporcionalidade, no qual o resultado deste exercício resulte em reduzir o âmbito de incidência de garantia constitucional.

Demonstrou-se que em nenhum outro país se adota âmbito de conformação da presunção de inocência no sentido de se aguardar o trânsito em julgado para, então, se iniciar a execução da pena, razão pela qual a decisão do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro de tutela de prestação jurisdicional favorável à impunidade.

Nesse sentido, negou obséquio à legislação comparada das principais democracias do mundo, à admissão da possibilidade de restrição de direito fundamental, à concretude dos valores de justiça material. Ademais, é possível acoimar de carente de juridicidade e ausência de alinhamento de convencionalidade a interpretação que não restringe a presunção de inocência, no aspecto referente à regra de tratamento, no que atine à liberdade do réu, para se permitir a execução antecipada da pena, a partir de julgamento de segunda instância e após o plenário do tribunal do júri, mantendo incólumes e perenes as regras probatória e de juízo.

### Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BELTRÁN, Ramón. *Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*. Polít. crim. Vol. 7, Nº 14 (Diciembre 2012), Art. 6, pp. 454 - 479. [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_07/n\\_14/Vol7N14A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A6.pdf).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Calos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro. Campus, 1992, p. 30. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARROS, Sussana de Toledo. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. ed. Brasília. Brasília Juridica. 2000.

BARROSO, Luiz Roberto. *Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*. Interpretação Constitucional -Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes. ed. Juspvom, 2010.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o Indivíduo: O conflito entre Punir e Libertar – História da presunção de inocência no Brasil (1948-2000)*. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Florianópolis, 2001.

Constituição Portuguesa:

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>, acesso em 31/07/2022.

DIMOOULIS, Dimitre e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.

FERNANDES, Antonio Scarence. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Os passos da hermenêutica: Da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao estado de democrático de direito*. Interpretação Constitucional -Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Organizado por Bernardo Gonçalves Fernandes. ed. Juspvom, 2010.

GARCIA, Monica Nicida et al. *Execução provisória da pena um contra ponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 84.078*. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPODIVM; [Brasília]: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Prisão Cautelar e o Princípio da Presunção de Inocência*. Fasciculos de Ciências Penais. Ano 5. V. 5. Jan.-Març. 1992. p.19. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

GOMES, Luis Flávio. *Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência*. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo. RT, 1999, p. 109.

**HC 135969 AgR/MA** - MARANHÃO AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 29/11/2016. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31-01-2017 PUBLIC 01-02-2017

**HC 85886/RJ** Relator: Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 06/09/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 28-10-2005 PP-00061 EMENT VOL-02211-02 PP-00217 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 454-461.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

RÚA, Mónica María Bustamante: *La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano*. Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 17, pp. 71-91 - ISSN 1692-2530. Enero-Junio de 2010/222 p. Medellín, Colombia.

RMS 19188/RN RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0157670-0 Relator Ministro GILSON DIPP. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento 12/09/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 09/10/2006. p. 313. Sítio da Suprema Corte do Canadá: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/940/index.do>, acesso em 31/07/2021.

TONINI, Paolo. *A prova no Processo Penal Italiano*. Trad. Alexandra Martins; Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

ULVÄNG, Magnus. *Criminal and Procedural Fairness: Some Challenges to the Presumption of Innocence* Crim Law and Philos. Faculty of Law, Uppsala University, Uppsala, Sweden (2014) 8:469–484 DOI 10.1007/s11572-013-9259-0, disponível em [https://app.vlex.com/#WW/search\\*/presumption+of+innocence/WW/vid/575693954](https://app.vlex.com/#WW/search*/presumption+of+innocence/WW/vid/575693954).

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao Princípio da Presunção de Inocência: Prisão Preventiva e Ordem Pública*. ed. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2007. VILELA, Alexandra. *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.