



DEPARTAMENTO  
**DIREITO**

# **DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A APLICAÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO NO BRASIL**

Carlos Eduardo Gonçalves Ferreira da Silva  
20/12/2020

# Dos Direitos Fundamentais, da Presunção de Inocência e a Aplicação da Pena antes do Trânsito em Julgado no Brasil

Carlos Eduardo Gonçalves Ferreira da Silva

Dissertação de Mestrado em Direito

Especialização em Ciências Jurídicas e Políticas

Orientação: Professora Doutora Ana Paula Guimarães

Dezembro, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Carlos Eduardo Gonçalves Ferreira da Silva

**Dos Direitos Fundamentais, da Presunção de Inocência e a  
Aplicação da Pena antes do Trânsito em Julgado no Brasil**

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídicas e Políticas apresentada à  
Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em  
Direito, sob a Orientação da Professora Doutora Ana Paula Guimarães

Departamento de Direito

Dezembro, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

## AGRADECIMENTOS

Para a realização deste árduo e ao mesmo tempo prazeroso trabalho de dissertação de mestrado, tive o apoio de diversas pessoas, as quais tenho cuidado de agora as agradecer.

Inicialmente agradeço a Deus, que me permitiu ter a oportunidade de realizar e concluir este tão desejado trabalho.

À minha Orientadora, Professora Doutora Ana Paula Guimarães, que me acompanhou de perto, com as considerações, revisões e críticas, sempre construtivas. Sua orientação se guiou pelo incentivo, evolução e aprimoramento do trabalho.

À minha família, obrigado pela compreensão e apoio incondicionais. Minha mãe e irmã me substituíram quando estive ausente, me dedicando as aulas, estudos e trabalhos. Aos meus filhos, Maria Clara e Eduardo, dedico tudo.

Aos meus colegas de mestrado agradeço especialmente pelas discussões e debates em sala de aula. Os diálogos em sala nos faz pessoas melhores.

Aos meus amigos do Gonçalves Ferreira Advogados também os agradeço pelo apoio e compreensão, também me substituindo quando estava em terras lusitanas desenvolvendo os estudos. Que esta dissertação também os incentive ao aprofundamento do conhecimento jurídico.

Agradeço, enfim, a todos que me apoiaram e incentivaram na realização do mestrado.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo analisar, *prima facie*, aspectos essenciais dos direitos fundamentais tais como sua base de sustentação - aqui considerado o constitucionalismo moderno - seu conceito, funções e a resolução de eventuais conflitos entre si por meio da regra da proporcionalidade. Com base nisso, passa-se à investigação da gênese, da proteção e do conceito do princípio da presunção de inocência, estampado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem olvidar, entretanto, de sua verificação a partir das Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos. A partir de tais constatações chega-se, efetivamente, ao objeto central de estudo do presente trabalho, qual seja a avaliação da possibilidade de execução provisória de pena no Brasil após sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição. Neste ponto é traçada uma breve linha histórica do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto pós Constituição de 1988, bem como analisados o *habeas corpus* nº 126.292/SP e as ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que trataram da prisão em segunda instância. Por derradeiro, foram realizadas algumas considerações a respeito da oscilação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no Brasil e também sobre a segurança jurídica como um mínimo de garantia à estabilidade da ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Presunção de Inocência; Trânsito em Julgado; Aplicação de Pena.

## ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze, *prima facie*, essential aspects of fundamental rights such as its basis of support - here considered modern constitutionalism - its concept, functions and the resolution of eventual conflicts between them through the proportionality rule. Based on this, we proceed to investigate the genesis, protection and concept of the principle of the presumption of innocence, stamped in Article 5, LVII, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, without forgetting, meanwhile, its verification from the American and European Human Rights Conventions. Based on these findings, the central object of the present study is effectively assessed, namely the assessment of the possibility of provisional execution of a sentence in Brazil after a condemnatory criminal sentence in the second jurisdiction. At this point, a brief historical line of the Supreme Federal Court's understanding of the post-1988 Constitution issue is drawn, as well as *habeas corpus* n ° 126.292 / SP and constitutionality declaratory actions n ° 43, 44 and 54, which treated with the second instance prison. Finally, some considerations were made regarding the jurisprudential oscillation of the Supreme Federal Court in Brazil and also about legal security as a minimum guarantee for the stability of the legal order.

**Keywords:** Fundamental rights; Presumption of Innocence; Res judicata; Penalty application.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CDI	Comissão de Direito Internacional
Corte EDH	Corte Européia de Direitos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>1</b>
<b>1. Direitos Fundamentais e do Princípio e da Presunção de Inocência .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1. O Constitucionalismo como <i>Standard</i> dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Análise Conceitual, Funções dos Direitos Fundamentais e a Regra da Proporcionalidade .....</b>	<b>11</b>
<b>1.3. Gênese, Proteção e Conceito do Princípio da Presunção de Inocência .....</b>	<b>22</b>
<b>1.4. Normativa Internacional: As Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos .....</b>	<b>31</b>
1.4.1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	31
1.4.2. Convenção Europeia sobre Direitos do Homem .....	34
<b>2. Da Execução Provisória da Pena no Brasil .....</b>	<b>37</b>
<b>2.1. Entendimento do Supremo Tribunal Federal Pós Constituição da República de 1988 .....</b>	<b>38</b>
<b>2.2. Mutação Constitucional – Análise do <i>Habeas Corpus</i> n.º 126.292/SP .....</b>	<b>43</b>
<b>2.3. “Nova Interpretação”: Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54 .....</b>	<b>52</b>
<b>2.4. Oscilação Jurisprudencial: entre Política e Segurança Jurídica...57</b>	
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>

# Introdução

Os movimentos constitucionalistas oriundos principalmente das revoluções ocorridas no século XVIII foram decisivos para a implementação e firmamento dos direitos fundamentais, pois, em que pese se possa considerar que tentativas de contenção do poder estatal tenham sido feitas desde tempos vetustos, foi somente com a criação do Estado contemporâneo (séc. XVIII) que tais direitos passaram, a partir da confecção de Constituições escritas, a ser de fato reconhecidos e efetivados, bem como passíveis de serem exigidos também contra o próprio Estado.

O Estado de Direito pressupõe uma Constituição que preveja, minimamente, a separação de poderes e direitos e garantias fundamentais que refletem, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, considerada o *elemento* central da democracia, bem como essencial à pacífica e ordenada convivência social.

Outrossim, inegável que a legislação penal – em sentido lato – de qualquer Estado retrata a forma pela qual os direitos fundamentais são acolhidos na ordem interna, bem assim como aquele trata seus cidadãos.

Direito fundamental de notável envergadura reside no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reza: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Ao albergar o princípio da presunção de inocência, a Constituição opta por um sistema legislativo-penal que trata a pessoa humana sempre como um fim em si mesma, e não apenas como um meio, fazendo valer todas as conquistas democráticas advindas dos séculos anteriores.

Referido princípio difundiu-se em todos os diplomas nacionais de países com regime democrático, bem como em tratados e convenções internacionais, podendo ser citadas a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos

do Homem e da Liberdade Fundamental, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, em 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), elaborada em 22 de novembro de 1969.

Desta forma, para além da óbvia necessidade de observância da própria legislação, os Estados que aderem tratados e convenções internacionais responsabilizam-se por eventuais violações a estes direitos no âmbito internacional, pois, também perante a ordem mundial, à obediência a direitos fundamentais é irrestrita.

Discussões importantes têm sido travadas em solo brasileiro - mas também na ambiência internacional acerca do princípio da presunção de inocência, especialmente quanto à possibilidade de antecipação da execução da pena após sentença penal condenatória ainda não transitada em julgado.

Há doutrina e decisões em ambos os sentidos, ou seja, pela possibilidade e impossibilidade de antecipação da pena, pelo que é salutar enfrentar o tema como forma de contribuir à dogmática constitucional-penal, sem a pretensão de esgotar o assunto.

Para tanto, o capítulo inaugural da presente dissertação tratará dos direitos fundamentais e do princípio da presunção de inocência, abordando o constitucionalismo como *standard* dos direitos fundamentais, o conceito e as funções dos direitos fundamentais, bem como a regra da proporcionalidade utilizada à resolução de conflitos entre princípios de envergadura constitucional. Ato contínuo são analisadas a gênese, a proteção e o conceito do princípio da presunção de inocência na dogmática especializada, examinando-o, ainda, nas Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos.

O segundo e principal capítulo da presente dissertação, abordará o tema central da discussão proposta neste estudo, qual seja a possibilidade de

antecipação da execução da pena em virtude de sentença penal condenatória não transitada em julgado, denominada execução “provisória” da pena.

Para tal desiderato, propõe-se averiguar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da presunção de inocência pós Constituição da República de 1988, passando pela *mutação* constitucional operada no julgamento do *habeas corpus* número 126.292/SP, bem como pelo retorno à exegese anterior por meio das ações declaratórias de constitucionalidade números 43, 44 e 54. Este estudo traz ainda, algumas considerações acerca da oscilação jurisprudencial da Corte Constitucional brasileira que, tendo em conta que a relevante alteração de entendimento se deu durante a denominada Operação Lava Jato, o que pode ser levantar discussões acerca do pleno exercício de guarda da Constituição, sem olvidar, ainda, de uma breve abordagem sobre o instituto da segurança jurídica como elemento de estabilidade mínima da ordem jurídica.

O método utilizado na pesquisa científica perpassou pelas seguintes diretrizes: utilização de um método de trabalho e de uma abordagem metodológica <sup>1</sup>.

No primeiro caso, há pouca variação, já que a pesquisa jurídica costuma limitar-se à análise da doutrina e da jurisprudência. A presente pesquisa enquadra-se nesse método de trabalho, já que outros métodos - estatísticos e pesquisa de campo - em princípio, a ela não se aplicam <sup>2</sup>. Assim, as fontes a serem utilizadas para a concretização desta pesquisa serão de natureza doutrinária e legislativa envolvendo o objeto de estudo. Para tanto, serão analisadas doutrina, jurisprudência e leis brasileiras, bem como aquelas oriundas de países da Comunidade Europeia. Em outra classificação, pode-se dizer que será utilizada a pesquisa de método dedutivo, partindo da posição encontrada na doutrina e legislação supracitadas em direção à realidade brasileira.

No que tange à abordagem metodológica, a presente investigação tem caráter essencialmente dogmático, considerando-se as três dimensões do

---

<sup>1</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

<sup>2</sup> SILVA, ref. 1, p. 25.

termo: a dimensão analítica que se ocupa dos conceitos envolvidos e a relação entre eles; a dimensão empírica que consiste na análise do direito vigente, especialmente do direito vigente na visão daqueles que o aplicam - os tribunais; a dimensão normativa que, com base nas análises conceitual e empírica, objetiva fornecer uma resposta adequada para o problema enfrentado <sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> SILVA, ref. 1, p. 26.

# 1. Direitos Fundamentais e do Princípio e da Presunção de Inocência

Este capítulo versa a propedêutica dos direitos fundamentais – entendidos a partir dos constitucionalismos moderno e contemporâneo que, no Brasil, se trata de um debate necessário, pois ainda não consolidado – e estabelece as bases dogmáticas do princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII <sup>4 5</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Para além, são tecidos comentários acerca das Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos no tocante ao citado princípio, tudo em prol de se estabelecer um suporte dogmático-metodológico a fim de fazer garantir que a comprovação da culpa se dê apenas quando não mais se possam discutir os fatos e/ou o direito aplicáveis ao caso, isto é, quando exauridas todas as possibilidades de reanálise do caso penal.

Para desenvolver os pontos citados, serão analisadas: (a) as bases dos direitos fundamentais a partir do constitucionalismo contemporâneo; (b) os conceitos e as funções dos direitos fundamentais; (c) a regra da proporcionalidade como instrumento hermenêutico de resolução de conflitos entre princípios; e (d) o princípio da presunção de inocência, a considerar, para tanto, seus aspectos históricos, conceitual e hermenêutico e a análise das normas internacionais acerca da presunção de inocência, mormente em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (o Pacto de São José da Costa Rica), internalizada pelo Brasil por meio do Decreto 678/1992.

---

<sup>4</sup> 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>5</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. [consult. 20 nov 2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=N%C3%B3s%20representantes%20do%20povo%20brasileiro,valores%20supremos%20de%20uma%20sociedade.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#:~:text=N%C3%B3s%20representantes%20do%20povo%20brasileiro,valores%20supremos%20de%20uma%20sociedade.)

## 1.1. O Constitucionalismo como *Standard* dos Direitos Fundamentais

A afirmação histórico-doutrinária de que desde a antiguidade houve variadas formas de se postar a discussão sobre como regulamentar o Estado é verdadeira, sendo possível conceber, destarte, o denominado constitucionalismo<sup>6</sup> desde aquele período histórico como um movimento reivindicativo-político-jurídico, de alta complexidade, que não nasceu democrático, mas vai se democratizando aos poucos, com o objetivo de desenhar a limitação do poder de Estado e as garantias dos direitos fundamentais<sup>7, 8</sup>.

Alerta Canotilho que, em “termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (...). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico cultural”<sup>9</sup>.

Os dogmáticos do Direito Constitucional identificam, na história da humanidade, 4 (quatro) grandes fases - com seus desdobramentos próprios - do constitucionalismo, a saber: a) Constitucionalismo Antigo, datado de 4000 a.C a 476 d.C); b) Constitucionalismo Medieval, entre os anos 476 a 1453 d.C; c) Constitucionalismo Moderno, que se desenvolveu de 1453 a 1789; e o d)

---

<sup>6</sup> Ensina o mestre português J. J. Gomes Canotilho que o constitucionalismo “é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 51.

<sup>7</sup> DEL NEGRI, André. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, pp. 27 e 53.

<sup>8</sup> A título de complemento e apoiado em Afonso Arinos de Melo Franco, que foi professor catedrático de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), se pode dizer que, apesar de a Assembleia Constituinte francesa, em setembro de 1791, ter recomendado “a implantação, nas Faculdades de Direito, de um curso especial sobre Constituição” (o que não teve seguimento imediato), o estudo do Direito Constitucional “foi adotado primeiramente na Itália, nas Faculdades Ferrara e de Paiva, no ano de 1797, chegando à Universidade de Bolonha no ano seguinte”. Quanto ao Brasil, com a criação das Faculdades de Direito, a partir da Lei de 11 de agosto de 1827, a gênese do Direito Constitucional (ou algo próximo a isso) vem por meio da disciplina de “Direito Público e Análise da Constituição do Império”, para, em 1829, por intermédio do professor Lourenço Ribeiro, natural de Minas Gerais a titular da cátedra na Faculdade de Olinda, se estabilizar como disciplina autônoma de Direito Constitucional.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição – As Constituições do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 11.

<sup>9</sup> CANOTILHO, ref. 6, p. 51.

Constitucionalismo Contemporâneo (ou Neoconstitucionalismo), que se estende até os dias atuais <sup>10</sup>.

A fim de estabelecer um marco teórico para o presente estudo, importa a análise dos constitucionalismos moderno e contemporâneo, uma vez que o constitucionalismo se consolidou, efetivamente, a partir das revoluções dos séculos XVII e XVIII.

Não obstante, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero que:

Com efeito, em que pese o constitucionalismo tenha se consolidado a partir das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII, formando três modelos que, ressalvadas as diferenças entre si, asseguraram as bases das experiências constitucionais posteriores, no caso, os modelos inglês, norte-americano e francês (os dois últimos definidores do assim designado constitucionalismo moderno), foi no período medieval, por meio da afirmação dos costumes e tradições (portanto, pelo direito costumeiro), que foram estabelecidas regras gerais de organização política, já a partir do século V. o próprio termo constitucionalismo (que já aparecia na obra de Aristóteles) era relacionado, na época, a uma noção empírica, não normativa, que resultou da simples transposição da descrição natural do processo de dominação dos territórios e de seus habitantes e do desenvolvimento histórico das relações de poder para a linguagem jurídica e política, onde passou a constituir um conceito normativo, do dever ser. Ademais, a utilização do termo constitucionalismo nos escritos políticos da Antiguidade e mesmo na fase seguinte, do Medievo, costumava – em muitos casos – designar um modo de organização política ideal da sociedade, como dão conta as obras do próprio Aristóteles (ao identificar e propor uma tipologia das formas de governo), mas especialmente a ficção da *República*, de Platão, a *Cidade de Deus*, de Agostinho, entre outras <sup>11</sup>.”

Nestes termos, apesar de o constitucionalismo ser um movimento, deveras, vetusto, o seu desenvolvimento mais expressivo ocorreu a partir das revoluções inglesa, norte-americana e francesa. Assim o é (ou foi) porque o “Estado contemporâneo nasce, no final do século XVIII, de um propósito claro, qual seja, o de evitar o arbítrio dos governantes. A reação de colonos ingleses na América do Norte e a insurreição do terceiro estado na França tiveram a mesma motivação: o descontentamento contra um poder que – ao menos isso

---

<sup>10</sup> NUNES JUNIOR, Flavio Martins. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 33-34.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 47.

lhes parecia – atuava sem lei nem regras. O poder despótico na caracterização de Montesquieu”<sup>12</sup>.

Desta maneira, constitucionalismo está associado ao surgimento das duas primeiras Constituições escritas, a americana e a francesa, de modo que “pode ser visto, em seu nascedouro, como uma aspiração de uma Constituição escrita, como modo de estabelecer um mecanismo de dominação legal-racional, como oposição à tradição do medievo, onde era predominante o modo de dominação carismática, e ao poder absolutista do rei, próprio da primeira forma de Estado Moderno”<sup>13</sup>.

A expressão *constitucionalismo* incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, “o de movimento, o de organização de pessoas em torno de um ideal, de um objetivo. Segundo, o de Constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações”<sup>14, 15</sup>.

Unificando os (possíveis) significados, Streck preconiza que o “constitucionalismo consolidado pela tradição jurídica finca raízes no mundo contemporâneo a partir da noção de Constituição como estatuidora de limitações explícitas ao governo nacional e aos Estados individualmente, institucionalizando a separação dos poderes de tal maneira que um controla o outro (*checks and balances* dos americanos), aparecendo o Judiciário como salvaguarda para eventuais rupturas, em particular através do *judicial review*. Mais do que isso, é importante salientar que o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte

---

<sup>12</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13ª edição São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.110.

<sup>14</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 26.

<sup>15</sup> Didaticamente, se pode dizer que o constitucionalismo tem como principais objetivos estabelecer a: a) supremacia da lei (Constituição), havida esta como a expressão da vontade geral; b) limitação do poder; e c) proteção e assecuração dos direitos fundamentais do ser humano, em especial os correlacionados à liberdade.

ARAUJO, ref. 14, p. 27.

ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, ofereceram esses dispositivos formais, consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo moderno”<sup>16</sup>.

Percebe-se que o constitucionalismo – ao menos a partir do moderno – está associado à noção de Constituição escrita que, justamente para limitar o poder soberano do déspota, passou a prescrever uma série de direitos fundamentais que serviram, outrossim, para a busca sempre necessária dos ideais (revolucionários) franceses: liberdade, igualdade e fraternidade.

A Constituição (escrita) passou a ser elemento essencial para formação e sustentação do próprio Estado de Direito, pois, em sua origem – e como elementos imprescindíveis – estabeleceu a separação dos poderes e direitos e garantias fundamentais. Ademais, o próprio Estado passou a ser submetido à lei, com regramento estrutural, organização de poderes etc., de modo à concretizar-se a ideia de um documento escrito que previsse seus elementos essenciais.

Imperioso registrar, com Jorge Miranda, que “em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre o poder e comunidade política ou entre governantes e governados. Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento de sua existência, base e sinal da sua unidade e sinal também da sua presença diante dos demais Estados”<sup>17</sup>.

Na percuciente lição de Ferrajoli, a Constituição consiste num sistema de regras, substanciais e formais, que tem como destinatários os mesmos titulares do poder. Sob este aspecto, as Constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito por meio da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, mas é também um programa político para o futuro, porque impõe a todos os poderes imperativos negativos e

---

<sup>16</sup> STRECK, ref. 13, pp. 109-110.

<sup>17</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 161.

positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação<sup>18</sup>. Poderia dizer-se que constituem utopias de direito positivo, que, ainda que não realizáveis completamente, estabelecem perfeitamente, enquanto direito sobre o direito, as perspectivas de transformação do direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais <sup>19</sup>.

Acrescenta jus-filósofo italiano que bastaria esta função de limite e de sujeição da maioria como garantia dos direitos para descartar a ideia de que as Constituições estejam à disposição da maioria mesma, e para reconhecer sua natureza de pactos fundados e dirigidos a assegurar a paz e a convivência civil. Se as Constituições são o conjunto de regras do jogo que garantem a correção do jogo, estes pactos têm de garantir a todos os jogadores, começando pelos mais frágeis. Se as Constituições têm como destinatários os poderes constituídos, aqueles não podem ser modificados, derogados ou debilitados por estes mesmos, senão somente ampliados e reforçados. Finalmente, se as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais. É nesta titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular<sup>20</sup>.

Neste sentido, é possível afirmar que o constitucionalismo é deveras fundamental à afirmação e à concretização de direitos e garantias fundamentais, servido de suporte dogmático e essência mesmo dos elementos basilares do Estado Democrático de Direito. Ademais, se pode afirmar que o constitucionalismo não é somente uma conquista e um legado do passado, mas sim, e certamente, o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI, pois, afinal, o constitucionalismo não morreu, mormente no Brasil – com sua Constituição dirigente – onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, estão longe de ser efetivadas <sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano IV, n. 7, jan. 1999.

<sup>19</sup> STRECK, ref. 13, p. 113

<sup>20</sup> FERRAJOLI, ref. 18.

<sup>21</sup> STRECK, ref. 13, pp. 29 e 113.

## 1.2. Análise Conceitual, Funções dos Direitos Fundamentais e a Regra da Proporcionalidade

Estabelecida a *fundação* dos direitos fundamentais, o que serve também, para o presente estudo, de marco teórico para a discussão que se propõe, importa registrar o que a doutrina especializada compreende – em termos conceituais – acerca dos direitos fundamentais, com suas características e, outrossim, analisar o principal método de solução de conflitos entre princípios fundamentais, qual seja a regra da proporcionalidade, para, depois, adentrar ao tema da presunção de inocência, objeto principal deste trabalho.

A doutrina constitucionalista alternou, ao longo da história, as nomenclaturas utilizadas para definir os direitos contidos na Constituição. Ora foram denominados de direitos fundamentais, ora de liberdades públicas, ora de direitos públicos subjetivos, ora direitos do homem ou direitos humanos.

A opção terminológica “direitos fundamentais” é a que melhor reflete o tema proposto, considerada a lição J. J. Gomes Canotilho:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ soa frequentemente utilizadas como sinônimos. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jurisnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta <sup>22</sup>.

Ademais, o termo *direitos fundamentais* “afigura-se como o único apto a exprimir a realidade jurídica precitada, pois que, cogitando-se de direitos, alude-se a posições subjetivas do indivíduo, reconhecidas em determinado sistema jurídico e, desta feita, passíveis de reivindicação judicial. O adjetivo “fundamentais” traduz, por outro ponto, a inerência desses direitos à condição

---

<sup>22</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Editora Almedina: Coimbra, 1992, p. 529.

humana, exteriorizando, por conseguinte, o acúmulo evolutivo dos níveis de alforria do ser humano”<sup>23</sup>.

Tendo em vista que o tema central – presunção de inocência – se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVII<sup>24</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isto é, resta positivado na ordem jurídica brasileira, é adequado utilizar a citada expressão (direitos fundamentais – também por opção do constituinte originário), sem prejuízo da análise da presunção de inocência prevista nas Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos, como categoria afeta aos direitos humanos. É que, em verdade, apesar da (aparente) tecnicidade que envolve as citadas nomenclaturas, não se pode olvidar que estas categorias se distinguem apenas formalmente, por assim dizer, mas em nada se diferenciam ontologicamente, pois, em que pese certa divergência doutrinária, se pode dizer, em última análise, que os “direitos fundamentais são os direitos humanos que encontram expressa previsão em um documento constitucional”<sup>25</sup>.

Conceitualmente, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”<sup>26</sup>.

Deste conceito é possível extrair 5 (cinco) elementos básicos acerca dos direitos fundamentais. Primeiro, falar que os direitos fundamentais são normas constitucionais importa aceitar a sua supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos direitos fundamentais), bem como realça a sua força normativa, essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos. Reconhecer que esses direitos possuem importância axiológica capaz de fundamentar e legitimar todo o

---

<sup>23</sup> RAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 151.

<sup>24</sup> 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>25</sup> MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 170.

<sup>26</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 18.

ordenamento jurídico implica reconhecer que esses direitos representam um sistema de valores com força suficiente para afetar a interpretação de qualquer outra norma. Por outro lado, vinculá-los à ideia de Estado democrático de direito induz a pensar que os valores neles contidos são potencialmente conflitantes, vez que, numa sociedade pluralista e democrática, deve-se respeitar a diversidade ideológica, de modo que os interesses de todos os grupos sociais, sem exceção, merecem ser respeitados e tratados com igual consideração. Por derradeiro, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um elemento intrínseco ao conceito de direitos fundamentais, qualquer comportamento que vá em direção oposta, ou seja, que contribua para a destruição dessa dignidade, não merecerá ser considerado como direito fundamental <sup>27</sup>.

Em aproximação ao conceito acima estabelecido, pode-se também compreender que os direitos fundamentais “são aqueles que, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e diretamente relacionados com o Estado Democrático de Direito, dizem respeito às esferas de interesses essenciais ao gênero humano, destinando-se não só à tutela dos direitos individuais, como também dos direitos políticos, dos direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos de fraternidade e de solidariedade” <sup>28</sup>.

Com Ingo Sarlet pode compreender-se que os direitos fundamentais são, portanto, “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)” <sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MARMELESTEIN, ref. 26, p. 20.

<sup>28</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 270.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 82.

No tocante às funções atribuídas e/ou exercidas pelos direitos fundamentais, Canotilho aponta 4 (quatro), quais sejam: a) função de defesa ou de liberdade; b) função de prestação social; c) função de proteção perante terceiros; e d) função de não discriminação.

A primeira função diz respeito à defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). A função de defesa encarta duas perspectivas: i) constitui, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; ii) implica, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) <sup>30</sup>.

A segunda função – de prestação social – significa a possibilidade de o particular obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social), inerente aos direitos sociais <sup>31</sup>.

A terceira, por sua vez, impõe um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido, por exemplo, o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos <sup>32</sup>.

A quarta função, por derradeiro, de não discriminação, está assentada na ideia de igualdade, isto é, assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos <sup>33</sup>.

De se ver, pelo exposto, que os direitos fundamentais exercem primazia no Estado de Direito, de forma que a sua observância deve ser fiscalizada, fomentada e resguardada, ao passo que a sua inobservância deve acarretar responsabilização do infrator por verdadeira afronta à Constituição e ao próprio

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, ref. 22, pp. 407-408.

<sup>31</sup> CANOTILHO, ref. 22, p. 408.

<sup>32</sup> CANOTILHO, ref. 22, p. 409.

<sup>33</sup> CANOTILHO, ref. 22, pp. 409-410.

Estado Democrático de Direito. Desta forma, a vigilância acerca do tratamento dado aos direitos fundamentais deve ser constante, pois, no mesmo passo que seu respeito é essencial à democracia e ao pacífico convívio social, o seu desrespeito implica medidas a serem tomadas contra violações.

No ponto, necessário consignar que, não obstante a necessidade de proteger e preservar ao máximo os direitos fundamentais, conflitos podem ocorrer, isto é, na análise de uma demanda jurídica é possível que estejam em discussão – de lados opostos – dois direitos da mesma magnitude, com o mesmo *status*, a se perquirir, no ponto, que ou quais medidas devem ser tomadas.

Na hipótese de estarem em lados opostos direitos de mesma envergadura, a doutrina especializada propõe, para solução da controvérsia, a utilização da regra (ou princípio) da proporcionalidade que, para o presente estudo, será abordada a partir da doutrina de Robert Alexy e, na sequência, o que compreende a doutrina constitucionalista brasileira acerca da temática.

Adverte Alexy que há tipos diferentes de discussão jurídica. Em suas palavras:

Podem-se distinguir assim as discussões da Ciência do Direito (da dogmática), as deliberações dos juízes, os debates nos tribunais, o tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, a discussão de questões jurídicas (por exemplo, entre estudantes, entre advogados e entre juristas da administração ou de empresas), bem como a discussão sobre problemas jurídicos nos meios de comunicação em que surjam argumentos jurídicos<sup>34</sup>.

O presente estudo cingir-se-á à primeira modalidade de discussão jurídica citada pelo professor da Universidade de Kiel, uma vez que interessa verificar as mudanças na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira no tocante à “nova” interpretação conferida ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, e ao retorno do entendimento anterior.

---

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005, p. 209.

Leciona Alexy que os *princípios* “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>35</sup>, pelo que princípios são, por conseguinte, “*mandados de otimização*”<sup>36</sup>. As *regras*, por sua vez, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”<sup>37</sup>. Regras contém, portanto, “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>38</sup><sup>39</sup>.

Em complemento, pode-se dizer que:

Las reglas son normas que requieren algo definitivamente. Son mandatos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, y se se cumplen sus condiciones de aplicación, es requerido de modo definitivo que exactamente lo que esta demanda sea hecho. Si esto es realizado, la regla se cumple; si no, la regla no se cumple. Por el contrario, los principios son *mandatos de optimización*. [...] Por esta razón, los principios, considerados en soledad, siempre comprenden meramente un requerimiento *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio relativo a los requerimientos de otros principios surge de la ponderación. Por lo tanto, ponderación es la forma específica de la aplicación de los principios<sup>40</sup>.

Alerta Alexy que essa distinção:

... é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais<sup>41</sup>.

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90.

<sup>36</sup> ALEXY, ref. 35, p. 90.

<sup>37</sup> ALEXY, ref. 35, p. 91.

<sup>38</sup> ALEXY, ref. 35, p. 91.

<sup>39</sup> O que, desde logo, se distancia da tradicional classificação acerca de princípios e regras com base em critérios de generalidade e abstração.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. ¿Como proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y Racionalidad. In: ALEXY, Robert. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 27

<sup>41</sup> ALEXY, ref. 35, p. 85.

De se ver, portanto, que a diferença entre regras e princípios é fundamental para a teoria de Alexy, sem a qual se tornaria inviável a resolução de problemas centrais no âmbito dos direitos fundamentais, mormente aspectos relacionados à colisão de regras e de princípios.

No tocante à colisão entre regras, soluciona-se o conflito quando “se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”<sup>42</sup>. Por outro lado, no caso de colisão entre princípios, leciona Alexy que “um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”<sup>43</sup>. Na verdade, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições”<sup>44</sup>.

Para a aplicação da máxima da proporcionalidade, Alexy trabalha com três subprincípios: *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*, aos quais se acrescenta um quarto componente denominado *fórmula de peso*.

A idoneidade “prohíbe la adopción de medios que obstruyan la realización de al menos un principio, sin promover algún principio u objetivo por el cual há sido adoptado”<sup>45</sup>. A necessidade diz respeito ao meio utilizado à restrição, ou seja, de acordo com o Alexy, “o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo”<sup>46</sup>, de tal modo que “*el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*”<sup>47</sup>. Desse modo, a colisão se resolve em favor do princípio de meio menos gravoso. A proporcionalidade em sentido estrito “nos indica cuál es la optimización relativa a las posibilidades jurídicas”<sup>48</sup>, que pode ser encontrada pela utilização da *lei de ponderação*<sup>49</sup> reconhecendo, segundo Rabbi-Baldi, a “ese respecto, una “escala triádica” de

---

<sup>42</sup> ALEXY, ref. 35, p. 92.

<sup>43</sup> ALEXY, ref. 35, p. 93.

<sup>44</sup> ALEXY, ref. 35, p. 93.

<sup>45</sup> ALEXY, ref. 40, p. 28.

<sup>46</sup> ALEXY, ref. 35, p. 118.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. México: Fontamara. 2002, p. 36.

<sup>48</sup> ALEXY, ref. 40, pp. 30-31.

<sup>49</sup> Alexy define a “lei de ponderação” da seguinte forma: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción, o de afectación, de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.

ALEXY, ref. 47, p. 31.

intensidades según que la afectación de un principio en un caso concreto sea “leve”, “media” o “intensa”<sup>50</sup>. Por fim, a fórmula de peso que, todavia, “es razonable únicamente si todos los factores pueden ser representados por números”<sup>51</sup>.

Podemos acrescentar que:

(a) adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado; (b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a constatar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); (c) proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio/proporção e, portanto, de uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional).<sup>52</sup>

Em solo brasileiro o princípio da proporcionalidade não encontra previsão constitucional expressa, embora seja amplamente aceito pela maioria da doutrina e utilizado pelos Tribunais brasileiros, inclusive Superiores. Situação diversa, registre-se, ocorre no direito português, em que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo foi erigido à dignidade de princípio constitucional, consagrando-se, no artigo 18º, 2, do Texto Magno, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. El principio de proporcionalidad, la dignidade humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 235.

<sup>51</sup> ALEXY, ref. 47, p. 32.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo W. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, 203-204.

<sup>53</sup> MENDES, Gilmar F., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 226.

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina brasileira. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo<sup>54</sup>. Entretanto, para bem resguardar o princípio da proporcionalidade, melhor entender que estes pontos de vista não são excludentes, mas distintas compreensões que fazem parte de um mesmo fenômeno. De fato, a proporcionalidade possui dimensão que merece agregação de conceitos, não exclusão, pois propõe resolver conflitos entre direitos fundamentais, razão pela qual deve ser tratada com a devida importância. Ademais, a jurisprudência da “Corte Constitucional alemã parece aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito”<sup>55</sup>.

A doutrina constitucionalista aduz que o critério da proporcionalidade, como resultado da construção alemã, é considerado uma norma constitucional não escrita derivada do Estado Democrático de Direito. Nele se visualiza a função de ser imprescindível à racionalidade do Estado Democrático de Direito, já que garante o núcleo essencial dos direitos fundamentais através da acomodação dos diversos interesses em jogo em uma sociedade<sup>56</sup>.

Em adendo ao exposto e na mesma linha de raciocínio:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Neste contexto, assume relevância, a conhecida e já referida distinção entre as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais, com destaque para a atuação dos direitos fundamentais como deveres de proteção ou imperativos de tutela, implicando uma atuação positiva do Estado, obrigando-o a intervir, preventiva e

---

<sup>54</sup> MENDES, ref. 53, p. 218.

<sup>55</sup> MENDES, ref. 53, p. 219.

<sup>56</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 630.

repressivamente, inclusive quando se tratar de agressões oriundas de particulares.

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos ou agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa <sup>57</sup>.

De se ver, neste sentido, a importância atribuída à proporcionalidade, havendo também quem sustente tratar-se de um postulado normativo aplicativo, entendido como uma norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma <sup>58</sup>. Assim se diz porque o princípio da proporcionalidade é utilizado, “com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos” <sup>59</sup>.

No ponto, consigne-se que o critério da proporcionalidade pode ser compreendido como um guia à atividade interpretativa, não apenas por elucidar certas questões conflituosas, mas por apresentar-se como aplicável em qualquer interpretação. Neste diapasão, o princípio estaria a integrar necessariamente o método de interpretação do Direito, encontrando-se como uma diretriz entre os métodos de interpretação tradicionais e os princípios que pautam a aplicação destes <sup>60</sup>.

Esta perspectiva encontra guarida nas concepções contemporâneas do Direito, que o qualificam como um sistema aberto de normas. Diante da complexidade das relações sociais floresce a normatização de condutas e, neste contexto, o princípio da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de

---

<sup>57</sup> SARLET, ref. 52, p. 202-203.

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 88.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição São Paulo: Saraiva, 2015, p. 294.

<sup>60</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: IBDC, 1999, p. 185.

sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta<sup>61</sup>. Na mesma linha, Guerra Filho assevera: “(...) se verifica que os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica a ser derogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio”<sup>62</sup>.

Os subprincípios atinentes à proporcionalidade - acima estudados - são recepcionados pela doutrina constitucional brasileira da seguinte forma. O subprincípio da *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado”, ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado”. O subprincípio da *necessidade* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Por fim, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)<sup>63</sup>.

Em resenha, a adoção pelas Cortes Constitucionais do princípio da proporcionalidade para resolver conflitos entre regras e princípios mostra-se

---

<sup>61</sup> TAVARES, ref. 56, p. 634.

<sup>62</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999, p. 73.

<sup>63</sup> MENDES, ref. 53, p. 227.

salutar e mesmo necessária, pois, tratando-se de direitos de mesma envergadura, a proporcionalidade é o método interpretativo que melhor permite o resguardo dos direitos fundamentais, mesmo que um deles - no conflito - deva ceder. O juízo de proporcionalidade é adequado a solucionar (eventuais) colisões entre direitos que, como regra, devem ser aplicados em sua máxima efetividade, mas que, no caso concreto e considerado um lado da relação jurídica estabelecida, necessita sofrer mitigação para que o outro prevaleça por ser mais adequado à situação conflituosa.

Questão que tem levantado muitas vozes – divergentes e convergentes – na doutrina e na jurisprudência brasileiras diz respeito à interpretação constitucional e aplicação prática do princípio da presunção ou estado de inocência, que possui previsão expressa no artigo 5º, inciso LVII <sup>64</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sobre o referido princípio, passa a expor.

### **1.3. Gênese, Proteção e Conceito do Princípio da Presunção de Inocência**

Em termos gerais se pode dizer que a relação entre Direito Penal e Constituição é das mais estreitas, pois, de um lado, a Constituição pode agir como limitador negativo do Direito Penal, e, de outro, a Constituição pode estabelecer o limite positivo ao Direito Penal <sup>65</sup>.

Assim o é porque a categoria constitucional predominante em dado país fornece o fundamento ao poder estatal de punir e também pode ser o mais

---

<sup>64</sup> 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>65</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

importante limite ao legislador, quanto aos bens jurídicos penais, a partir do mecanismo de tipificação do delito <sup>66</sup>.

Referida relação remonta, como visto acima, ao constitucionalismo, pois, ao menos a partir do século XIX, as limitações ao direito de punir do Estado, bem como a prescrição de direitos fundamentais passaram a ser a tônica das Constituições que estavam sendo escritas, ou seja, ao mesmo tempo em que se desenvolve a demanda por esses direitos, os novos diplomas constitucionais os estabelecem também em relação ao Direito Penal, no sentido de que passam a limitar explicitamente o poder do Estado, a fim de evitar arbitrariedades e abusos, conforme aponta Ferrajoli <sup>67</sup>.

Desta lição doutrinária se pode afirmar que a melhor forma de se conhecer um Estado e o modo como este trata o seu povo é a partir do seu ordenamento jurídico-penal. É que, sendo o Direito Penal (compreendido em sentido lato, o que inclui o Processo Penal, por exemplo) a última e mais drástica forma pela qual o Estado intervém na esfera jurídica dos jurisdicionados, o arcabouço jurídico-penal é capaz de demonstrar as possibilidades e limites de observância e inobservância, de resguardo e violação de direitos fundamentais.

Há quem diga – com acerto - que o processo penal de um país reflete o posicionamento autoritário ou democrático de sua Constituição <sup>68</sup>.

A prática de um ilícito penal por parte de um cidadão configura o derradeiro teste pelo qual passa um ordenamento jurídico, pois, tendo sido afrontado, poderá reagir, reação esta que, sendo realizada nos mesmos moldes da violação, em nada diferiria o ente estatal do criminoso, o que denotaria, assim, um Estado autoritário e vingativo. Por outro lado, se a resposta do Estado vier pautada pela observância de direitos e garantias fundamentais os quais todos possuem, a considerar que o Estado é reserva ética e de legalidade, não se admitindo possa violar direitos por ter sido

---

<sup>66</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, 2009, 80, 7-34.

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

<sup>68</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2003, p. 40.

“violado” anteriormente, ter-se-ia um Estado democrático, pena de indesejável equiparação ao agente que delinuiu.

Fixadas estas premissas faz-se necessário discorrer sobre um dos direitos fundamentais (traduzido em princípio constitucional) mais caros para o Estado de Direito, qual seja o da presunção de inocência, insculpido no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a seguinte redação: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Em salutar e necessário apanhado histórico, leciona Nereu Giacomolli que:

No direito romano, por influência do cristianismo, na verificação da situação de uma pessoa acusada, incidia a máxima do *in dubio pro reo*, como regra referente à valoração da prova. A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei e após um justo julgamento por seus pares. Na *common law* não há nexos entre a presunção de inocência e a liberdade pessoal, mas sim com o encargo probatório, em razão do modelo acusatório de processo penal. Com a inquisição, na Idade Média, numa estrutura de processo inquisitório, não se partia da inocência do acusado, mas de sua culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse (*purgatio* da acusação), e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório. Por isso, na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a presunção de inocência assumiu relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova <sup>69</sup>.

Prossegue o autor dissertando, em linhas gerais, sobre o desenvolvimento histórico da presunção de inocência na parte ocidental do globo terrestre, nos seguintes termos:

Na esfera da Europa continental, o princípio da presunção de inocência passou a ganhar corpo a partir das críticas dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo do Estado e da liberdade individual com o direito natural a inviolável da presunção de inocência dos cidadãos,

---

<sup>69</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, LVII. In: CANOTILHO, Joaquim José. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 441.

culminando com sua inserção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Com o Código de Processo Penal francês de 1808, o qual instituiu o denominado sistema misto, confiado como modelo a toda a Europa continental e tido como um avanço em relação à legislação anterior, principalmente ao Código de Processo Penal francês de 1670, o princípio da presunção de inocência, na concretização garantística, restou comprometido, mormente no que tange à prova (imparcialidade do juiz e busca da verdade), em razão do novo paradigma processual. As estruturas e modificações processuais seguintes, de matriz acusatória ou inquisitorial, em dois pontos fundamentais – liberdade e prova -, revelam o grau de concretização da presunção de inocência <sup>70</sup>.”

Ao final do século XVII e início do século XVIII, com a influência do Movimento Iluminista surgia para o homem o sentimento de liberdade e um total desprendimento ao Estado que, até então, possuía um posicionamento controlador sobre os cidadãos. Esse governo absoluto passou a ruir com o advento da Revolução Francesa que veio com os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, consagrando assim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O grande filósofo italiano, Cesare Beccaria, emergiu do cenário iluminista, inspirando a revolução da legislação penal internacional, com seus ideais humanitários. O jurista aludia que:

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe fora concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se dúvida se ele é inocente ou culpado<sup>71</sup>.

O instituto ora em tela remonta, na história, de priscas eras, a demonstrar sua gênese e importância no desenvolvimento do pensamento jurídico ocidental no decorrer dos tempos. As discussões envolvendo o princípio da presunção de inocência, mesmo que seculares, merecem prosperar, pois, afinal, a sua adequada ou inadequada exegese conduz a formas totalmente distintas e opostas de tratamento jurídico-penal do Estado

---

<sup>70</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 441.

<sup>71</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015, 2ª edição. p. 41.

em relação aos seus jurisdicionados. É que o princípio da presunção de inocência se liga diretamente à expressão do poder de punir estatal e, principalmente, ao modelo de Estado adotado. A história constata que em Estados absolutistas, totalitários, a presunção de inocência sempre fora mitigada, ao passo que em Estados democráticos e de Direito sempre se buscou resguardar este direito fundamental de acusado por delito. A diferença, ao fim e ao cabo, importa na liberdade ou na restrição desta liberdade.

No tocante à proteção (internacional) deste direito fundamental, a citada Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu artigo 9.º – rompendo com o *Ancien Regime* – enunciou expressamente o princípio da presunção de inocência nos seguintes termos: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”<sup>72</sup>.

Por sua vez, o artigo 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia das Nações Unidas, em face das nefastas experiências da Segunda Guerra Mundial que geraram violações a direitos humanos, acolheu o princípio da presunção de inocência garantia ao justo processo, com a seguinte redação: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”<sup>73</sup>.

Além disso, a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, reconhece a presunção de inocência como princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais, dispondo, em seu

---

<sup>72</sup> DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789* [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

<sup>73</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 de nov. de 2019.

artigo 6.º, n.º 2, que: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”<sup>74</sup>.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, além de reiterar a presunção de inocência, no artigo 14.º, n.º 2 especifica, de modo mais pormenorizado, as garantias processuais penais do acusado: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>75</sup>.

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, em 1948, também consagra o princípio da presunção de inocência em seu artigo XXVI, *in verbis*: “Parte-se do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade”<sup>76</sup>.

Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), elaborada em 22 de novembro de 1969, estabeleceu, em seu artigo 8.º, n.º 2, o que segue: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”<sup>77</sup>.

Diversos diplomas internacionais albergam o princípio da presunção de inocência e, pese embora a existência de redações distintas, o núcleo essencial do citado princípio permanece intacto desde a sua origem.

Em termos conceituais e funcionais, registre-se que para o presente estudo as fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não culpabilidade” (formulação negativa) serão tidas como equivalentes, muito embora se tenha conhecimento das diferenças conceituais. Pode-se entender que a distinção é reduzir o alcance da regra humanitária do

---

<sup>74</sup> CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 1950 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

<sup>75</sup> DECRETO n.º 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação*. Brasília(DF), 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

<sup>76</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948. [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm).

<sup>77</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. San José (Costa Rica), 1969 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

*status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos citados diplomas internacionais, antes mencionados <sup>78 79 80</sup>.

De início, convém consignar que a presunção de inocência:

... é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional de um modelo de processo penal<sup>81</sup>.

Quando a perspectiva de análise adotar como premissa a presunção de inocência, a regra será a liberdade (*status libertatis*), garantida pela previsão e pelo emprego de instrumentos destinados à sua manutenção, tal como o *habeas corpus*. De outro lado, não se adotando a presunção de inocência, a liberdade resta mitigada, profanada, e passa a haver, na verdade, uma presunção de culpa, pois se prende para cumprir sanção antecipada, ainda que o processo não tenha findado.

A complexidade e a importância do instituto da presunção de inocência fazem com que este princípio atue em diferentes dimensões no processo penal, que podem ser traduzidas em dever de tratamento e regra de julgamento.

Como *dever de tratamento* o princípio atua nas dimensões interna e externa. No aspecto interno a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão tratar o réu como inocente, não usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando

---

<sup>78</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 442.

<sup>79</sup> “Dizer que o sujeito no processo não é culpado, mas imputado, é colocar em dúvida a sua inocência, é desvirtuar o regimento probatório e a proteção da liberdade; é não admitir a presunção de inocência em sua formulação plena; é dizer que o acusado é “semi-inocente” (posição intermediária entre culpado e inocente). Quando não se é presumivelmente culpado, se é presumivelmente inocente, pois *qui negat de uno dicit de altero*”.

GIACOMOLLI, ref. 69, p. 442.

<sup>80</sup> A título de complemento, leciona a doutrina que: “O correto mesmo é falar em princípio da presunção de inocência (...), não de princípio da não culpabilidade (esta última locução tem origem no fascismo italiano, que não se conformava com a ideia de que o acusado fosse, em princípio, inocente). O STF utiliza a locução princípio da não culpabilidade, mas o correto (historicamente) é falar em princípio da presunção de inocência”.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013, p. 118.

<sup>81</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 441, pp. 442-443.

que a partir dela se atribui o ônus probatório ao acusador, pois, afinal, o acusado é presumido inocente, pelo que esta presunção deve ser derrubada pelo acusador. No aspecto externo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado, diante do dever de tratá-lo como inocente. De outro lado, como regra de julgamento, a presunção de inocência impõe a absolvição do acusado nos casos em que o acusador não se desincumbir da carga probatória que lhe cabe, em obediência ao *in dubio pro reo*, isto é, deve-se considerar e julgar o acusado inocente se o acusador não derrubar a presunção de inocência <sup>82</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, explica Gustavo Badaró que o conteúdo da presunção de inocência é informado por três balizas:

A primeira, e talvez a mais importante forma de analisar o princípio, é como garantia política do cidadão. O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário, o *in dubio pro reo*. A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (...). A “presunção de inocência” também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. Por fim, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado. É manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias. A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, e prisão será compatível com a presunção de inocência. Outra repercussão da presunção de inocência, como regra de tratamento do acusado, é a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da pena <sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 355.

<sup>83</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-58.

Em corroboração, a lição de Ana Paula Guimarães, para quem o princípio da presunção de inocência impõe:

que, no decurso do processo, o arguido não seja apontado e tratado como se não fosse mais do que um mero criminoso, que não seja catalogado como mais um delinquente, que não sofra os efeitos e consequências da estigmatização, dada a tendência generalizada de «marcar» como criminoso o indivíduo contra o qual corre um processo penal<sup>84</sup>.

Pode dizer-se – pragmaticamente – que a presunção de inocência acarreta as seguintes consequências: a) o ônus de provar a responsabilidade criminal do acusado fica todo ele a cargo da acusação; b) o acusado não é obrigado a colaborar com essa prova; c) acaso o acusador não se desincumba do ônus de provar, a absolvição se impõe com base no *in dubio pro reo*; d) o acusado deve ser tratado como qualquer outro cidadão livre, não se admitindo sua exposição como “criminoso”; e) não se admite a majoração da pena com base nos maus antecedentes representados por inquéritos policiais ou mesmo de processos que ainda estejam em andamento; e f) não se admite execução provisória da pena se a decisão ainda não transitou em julgado<sup>85, 86</sup>.

Em resenha – pela precisão e densidade das palavras – diz-se que o princípio ora em tela:

tem uma função iluminante, é como um «farol» que orienta o processo penal para a inocência que é sempre a procura última para onde nos movemos; tem uma função destigmatizadora; reflecte uma preocupação de justiça que se traduz na exigência elementar de que o inocente não seja castigado.

Mas, e acima de tudo, não podemos desprezar o valor simbólico do princípio, a sua função pedagógica, o seu conteúdo programático e a sua relevante densidade político-ideológica<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> GUIMARÃES, Ana Paula. Princípio da Presunção de Inocência: algumas reflexões. In: CUNHA, Joaquim Moreira da Silva. *Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*. Porto: Diglivro, 1999, pp, p. 391.

<sup>85</sup> MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 172.

<sup>86</sup> Coisa julgada pode ser definida como o “atributo da sentença que decorre do *trânsito em julgado* do provimento jurisdicional já não mais passível de qualquer impugnação. Pela *coisa julgada* tornam-se imutáveis os efeitos da sentença absolutória no direito interno e condicionalmente imutáveis os efeitos da sentença condenatória”. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação do Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018, p. 652.

<sup>87</sup> GUIMARÃES, ref. 84, p. 400.

Em termos práticos, pode-se dizer, que a presunção de inocência “proíbe a antecipação dos resultados finais do processo”<sup>88</sup>.

## **1.4. Normativa Internacional: As Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos**

Conforme sedimentado nos itens precedentes, a presunção de inocência encontra guarida em diversos diplomas normativos internacionais, razão pela qual a sua proteção configura verdadeira garantia internacional, afeta à noção de princípio geral do Direito (nacional e internacional). Tanto é assim que, acaso haja desrespeito e/ou violação a direitos (humanos) fundamentais, o Estado que violar poderá ser responsabilizado internacionalmente, conforme adiante será analisado.

No ponto, merecem destaque duas importantes Convenções sobre Direitos Humanos, quais sejam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada pela República Federativa do Brasil por meio do Decreto n.º 678/1992, denominada Pacto de São José da Costa Rica, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a seguir tratadas.

### **1.4.1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos**

Leciona a doutrina especializada que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (popularmente conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*) é o *tratado-regente* do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. É ela o grande *Codex* dos direitos civis e políticos no continente americano e o instrumento de proteção mais utilizado – academicamente e no foro – nos países interamericanos, mormente os latinos. O Brasil é parte da Convenção Americana desde 1992, tendo a mesma sido promulgada pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro daquele ano, e reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH em 1998,

---

<sup>88</sup> PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

por meio do Decreto Legislativo n.º 89, que aprovou “a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62.º daquele instrumento internacional” (art. 1.º). Portanto, o Estado brasileiro já se encontra plenamente integrado, desde 1998, ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, podendo ser acionado e condenado por ele em caso de descumprimento dos deveres previstos na Convenção Americana <sup>89</sup>.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), o princípio da presunção de inocência está assim firmado: “Artigo 8. Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Ensinam Piovesan, Fachin e Mazzuoli que:

Ao garantir que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”, o art. 8º da Convenção Americana consagra o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade no direito brasileiro. Para a Corte IDH, a garantia é indispensável em um Estado democrático, pois representa “um eixo reitor” e um “standard fundamental” que estabelecem limites “à subjetividade e à discricionariedade da atividade judicial <sup>90</sup>.”

Nos mesmos moldes que a doutrina constitucionalista brasileira compreende as dimensões do princípio da presunção de inocência, a doutrina internacionalista – inclusive a jurisprudência da Corte IDH – desvela duas manifestações fundamentais emanantes deste direito fundamental: a primeira, como regra de tratamento; a segunda, como regra probatória.

Dizer que da presunção de inocência decorre uma *regra de tratamento* significa estabelecer que ninguém pode ser, de fato ou de direito, tratado como culpado antes da comprovação definitiva de sua culpabilidade. Na

---

<sup>89</sup> PIOVESAN, Flávia, FACHIN, Melina Girardi, MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 126.

<sup>90</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 127.

jurisprudência da CIDH, pode-se identificar duas consequências da regra de tratamento. A primeira é que nenhuma pessoa pode ser condenada (ou assim considerada) antes que o processo chegue a cabo com a comprovação plena da culpabilidade. A segunda, em consonância com a jurisprudência europeia <sup>91</sup> aplica-se para “fora” do processo, já que quaisquer autoridades públicas – e não somente o juiz – pode violá-la <sup>92</sup>. O Estado, assim, não pode “condenar informalmente” uma pessoa ou emitir declarações para influenciar a opinião pública enquanto a culpa não for comprovada de acordo com os ditames legais <sup>93</sup>.

A segunda manifestação do princípio da presunção de inocência se dá como *regra probatória*, a determinar que o ônus da prova cabe a quem acusa, não podendo atribuir-se ao acusado a obrigação de reverter uma concepção prévia de culpabilidade. Trata-se de justamente o oposto, ou seja, o órgão acusador é quem deve superar a presunção de inocência com provas suficientes da culpabilidade do acusado, para além de qualquer dúvida razoável <sup>94</sup> que, acaso existente, demanda a aplicação do *in dubio pro reo* (a dúvida opera em favor da absolvição, como cediço).

A toda evidência, o que não se pode permitir é uma inversão do ônus probatório, que recai todo sobre a acusação. Neste sentido, a CIDH declarou violado o princípio da presunção de inocência no caso *Zegarra Marín vs. Peru* <sup>95</sup>, no qual a decisão penal interna baseou-se no fato de que “não surgiu uma prova concretária contundente que o fizesse [o réu] totalmente inocente dos ilícitos imputados”.

Em suma, a CIDH, dentre outros aspectos, inadmite a pena antecipada, pois isto viola a presunção de inocência (Corte Interamericana, *Caso Suárez Rosero*, parágrafo 77) <sup>96</sup>.

---

<sup>91</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Allenet de Ribemont vs. França*. Julgamento 10.02.1995. Série A, n° 308, parágrafos 36-38.

<sup>92</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acosta e Outros vs. Nicarágua*. Sentença 25.03.2017. Série C, n° 334, parágrafo 190.

<sup>93</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 128.

<sup>94</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 128.

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Zegarra Marín vs. Peru*. Sentença 15.02.2017. Série C, n° 331, parágrafo 140.

<sup>96</sup> GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013, p. 119.

## 1.4.2. Convenção Europeia sobre Direitos do Homem

A Convenção foi assinada em 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor em setembro de 1953. Acrescida de onze Protocolos, ela confere proteção a uma larga gama de direitos, primordialmente de natureza civil e política. O preâmbulo declara que os Estados europeus são animados pelo mesmo espírito e são detentores de um patrimônio comum de ideais e tradições políticas e respeito pela liberdade e pelo primado do direito<sup>97</sup>.

Quanto à sua tipologia e aplicação, instrui Malcolm Shaw que:

... foi adotada uma abordagem mais teleológica e flexível para a interpretação da Convenção. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos sublinhou que ela é um instrumento vivo, a ser interpretado à luz das condições do presente; e essa abordagem se aplica não somente aos direitos substantivos protegidos pela Convenção, mas também às disposições que regem o funcionamento dos mecanismos de garantia desses direitos. Além disso, o Tribunal observou que o objetivo e a finalidade da Convenção, de ser um instrumento para a proteção dos indivíduos, exige que seus dispositivos sejam interpretados e aplicados de modo que se tornem práticas e eficazes suas salvaguardas. A Convenção deve ainda ser interpretada, tanto quanto possível, em harmonia com os outros princípios de direito internacional. Já se frisou que ela é um “documento constitucional da ordem pública europeia”<sup>98</sup>.

Assim como tantos outros diplomas internacionais, a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental, firmada em Roma, em 4 de novembro de 1950, reconhece a presunção de inocência como princípio basilar de construção e de desenvolvimento das garantias processuais, dispondo, em seu artigo 6.º, n.º 2, que: “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 265.

<sup>98</sup> SHAW, ref. 97, p. 266.

<sup>99</sup> CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 1950 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

A Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) determinou, em diferentes ocasiões <sup>100</sup>, que não contraria a Convenção Europeia de Direitos Humanos a prática de certos Estados que autoriza a detenção do réu após uma condenação criminal em primeira instância, mesmo que sujeita a recursos, desde que prevista em lei e não arbitrária ou desproporcional <sup>101</sup>.

Contudo, registre-se, estes precedentes abordaram a questão não por meio do citado artigo 6.º, n.º 2 da Convenção, que protege a presunção de inocência, mas por meio do artigo 5.º, que consagra o direito à liberdade e permite as detenções que se derem “em consequência de condenação por tribunal competente” (art. 5.º, n.º 1, al. a). Entendeu a Corte Europeia que o julgamento em primeira instância é suficiente para configurar uma “condenação por tribunal competente” e permitir analisar a prisão dos réus, mesmo sob a pendência de apelação ou revisão, sob a exceção do art. 5.1.a <sup>102</sup>.

No ponto, lecionam Piovesan, Fachin e Mazzuoli que:

Embora não tenha se expressado sobre a presunção de inocência nessas ocasiões, a Corte Europeia ressaltou no caso *Wemhoff vs. Alemanha* <sup>103</sup> que a culpa de uma pessoa que permanece detida durante os procedimentos de apelação ou revisão já foi estabelecida “por um tribunal competente segundo as regras do devido processo legal”, não se exigindo que a decisão seja definitiva. Assim se vê que, mesmo que a presunção de inocência permaneça relevante após o julgamento em primeira instância, como definiu a Corte em outros casos <sup>104</sup>, isso não se confunde com a possibilidade de que o réu seja preso antes do trânsito em julgado da decisão final, já que isso não necessariamente viola sua liberdade pessoal <sup>105</sup>.

Assim o é porque a Corte Europeia costuma ser mais tolerante, por assim dizer, com as legislações nacionais (com base na teoria da “Margem de

---

<sup>100</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Grubic vs. Croácia*. Pedido nº 5384/11. Julgamento 30.10.2012; Corte EDH. *Caso Solmaz vs. Turquia*. Pedido nº 27561/02. Julgamento 16.01.2007; e Corte EDH. *Caso B. Vs. Áustria*. Caso nº 8/1989/168/224. Julgamento 23.02.1990.

<sup>101</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 131.

<sup>102</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 131.

<sup>103</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Wemhoff vs. Alemanha*. Pedido 2122/64. Julgamento 27.06.1968, parágrafo 9.

<sup>104</sup> Por todos: CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Konstas vs. Grécia*. Pedido nº 53466/07. Julgamento 24.05.2011.

<sup>105</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 131.

Apreciação”<sup>106</sup>) do que a Corte Interamericana, mais invasiva na fixação de parâmetros protetivos. O que é certo é que a Corte Europeia de Direitos Humanos não equaciona a presunção de inocência com uma proibição à prisão antes do trânsito em julgado<sup>107</sup>.

Registre-se, a bem do princípio *pro persona*, que o Estado brasileiro está obrigado a cumprir com a norma mais protetiva ao ser humano, independentemente de sua natureza nacional ou internacional<sup>108</sup>.

A propósito, frisa o juiz português do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Paulo Pinto de Albuquerque, que “o papel promocional dos tribunais internacionais, que visa, em última instância, ao desenvolvimento dos direitos humanos nas jurisdições domésticas sob sua supervisão, é circunscrito pela responsabilidade do juiz ser “fiel” ao direito do tratado preexistente e, especialmente, aos princípios gerais legais em que se baseia”<sup>109</sup>.

Vistos estes pontos introdutórios ao presente estudo, se pode afirmar que a noção de direitos fundamentais – que se coliga com a ideia de Direitos Humanos – se apresenta como núcleo elementar do Estado de Direito e rege, além de suas próprias relações internas, as relações com os demais Estados soberanos ao redor do planeta.

Assegurar direitos fundamentais, Direitos Humanos é uma obrigação inerente à própria ideia de Estado de Direito, pois a submissão às leis e à Constituição faz com que as relações que permeiam a sociedade sejam

---

<sup>106</sup> Doutrinariamente, a *Margem de Apreciação* é compreendida como uma técnica judicial a ser utilizada por cortes internacionais; trata-se de um mecanismo de autocontenção utilizado pelos tribunais internacionais com o propósito de garantir a natureza subsidiária da jurisdição internacional. Desse modo, técnica é derivada da natureza eminentemente secundária das cortes internacionais – a ideia de que as entidades internacionais devem agir em segundo plano, apenas quando a inabilidade do Estado é reconhecida.

CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, 2003, 97, 38 [consult. 20 nov 2019]. Disponível em: <https://goo.gl/PXenKY>.

Assim, a Margem de Apreciação é utilizada quando a corte internacional entende que é melhor que o Estado decida, por si mesmo, determinado caso concreto. Desse modo, conclui-se que esta “remessa de competência” parte, necessariamente, da jurisdição internacional. Isto é, aplicar ou não a Margem de Apreciação é uma decisão da corte internacional em deferência à corte nacional em razão da subsidiariedade da jurisdição daquela.

VILA, Maria Iglesias. Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2017, 15(2), 393 [consult. 20 nov 2019]. Disponível em: <https://goo.gl/Ybahya>.

Não obstante, apesar de a subsidiariedade ser regra comum tanto ao Sistema Interamericano quanto ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, a Margem de Apreciação é um instituto propriamente europeu.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 2. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 125.

<sup>107</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 131.

<sup>108</sup> PIOVESAN, ref. 89, p. 131.

<sup>109</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 109.

estabelecidas de forma equânime, possibilitando o pleno desenvolvimento do ser humano como ator principal, como sujeito digno de respeito e como centro de todo o arcabouço jurídico pensado e criado a partir do século XVIII, quando se passou a considerar que a dignidade da pessoa humana deve nortear as ações dos Estados e dos demais conviventes nos âmbitos interno e internacional.

Se em algum momento da história se percebeu que o Estado foi criado para – afora a ordenação social – atender as necessidades do povo, em troca de parcela de sua liberdade – limitações pelos direitos e deveres conjuntamente pensados e normatizados –, este mesmo Estado deve, a todo custo, preservar direitos dos seres humanos na exata medida em que se propôs a resguardá-los contra as atrocidades do então soberano/déspota. A busca do equilíbrio entre direitos e deveres deve ser uma constante, mas sempre de forma a prestigiar a dignidade da pessoa humana, pois, afinal, sequer existiria e existe Estado sem pessoas que o estabelecessem.

Neste sentido, importa referenciar a possibilidade, ou não, de responsabilização do Estado no âmbito internacional em virtude de violações de direitos fundamentais e/ou Direitos Humanos, já que não se pode conceber um Estado total e completamente isolado do restante da comunidade mundial, sendo certo afirmar que a abertura das fronteiras proporcionada, dentre outras, pela globalização, é a tônica no século corrente.

Cabe o Estado respeitar, nos âmbitos interno e internacional, os direitos fundamentais e/ou Direitos Humanos, sob pena de responsabilização internacional.

## **2. Da Execução Provisória da Pena no Brasil**

Vamos agora analisar a relação entre o princípio da presunção de inocência e da impossibilidade de aplicação da pena antes do trânsito em julgado.

Noções gerais sobre direitos fundamentais e as bases da presunção de inocência foram tratadas no capítulo inicial a partir de considerações sobre o constitucionalismo, a gênese, o conceito e as funções do princípio da presunção de inocência, com o complemento pela análise de sua previsão nas Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos.

A violação de direitos fundamentais e a possibilidade de responsabilização (internacional) foram desenvolvidas no capítulo intermediário, pelo agora apresentaremos as nossas considerações sobre a prática a que se tem assistido, em alguns casos, de antecipação do cumprimento de pena por sentença penal condenatória não transitada em julgado.

## **2.1. Entendimento do Supremo Tribunal Federal Pós Constituição da República de 1988**

A Constituição da República Federativa do Brasil, que entrou em vigor no dia 5 de outubro de 1988, representou a redemocratização do País a superar um período ditatorial iniciado em 01 de abril de 1964.

Desde a sua entrada em vigor, isto é, desde a sua redação original a Carta Maior prevê, em seu artigo 5.º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, como verdadeiro direito fundamental elevado à cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60.º, §4º, do mesmo diploma.

Inicialmente o Supremo Tribunal Federal no Brasil entendeu, que o princípio da não-culpabilidade não era impeditivo da prisão do réu após a sentença condenatória<sup>110</sup>. O entendimento era de que por decisão majoritária, que a jurisprudência do Tribunal afirmava que a presunção constitucional de não culpabilidade, não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória, quando esta se encontrar passível de recursos despidos de efeito suspensivo <sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> MENDES, ref. 53, p. 537.

<sup>111</sup> HC nº 82.490, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj de 29-11-2002.

Provocado pela Primeira Turma, o Plenário do Tribunal reiterou seu posicionamento ao julgar constitucional dispositivo da (revogada) Lei 9.034/95 (Lei de Crime Organizado), artigo 9.º, que dispunha: “O réu não poderá apelar em liberdade nos crimes previstos nesta Lei”, o mesmo ocorrendo no *habeas corpus* n.º 72.366/SP <sup>112</sup> em relação ao (revogado) artigo.º 594., do Código de Processo Penal (Artigo.º 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto).

Contudo, a posição até então dominante foi fortemente contestada em diversos votos vencidos, a exemplo da transcrição abaixo, de lavra do Ministro Marco Aurélio, reiteradamente manifestada:

Se o inciso LVII do mesmo artigo 5º consigna que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, impossível é ter como harmônica com a Constituição da República a regra do artigo 594 do Código de Processo Penal. Trata-se de extravagante pressuposto de recorribilidade que conflita até mesmo com o objetivo do recurso. É contraditório exigir-se daquele que deseja recorrer e, portanto, mostra-se inconformado com o provimento condenatório que se apresente no estabelecimento penal para verdadeiro início do cumprimento da pena <sup>113</sup>.

Seguiram este mesmo entendimento diversos Ministros em julgados posteriores, cabendo destacar o voto do Ministro Cezar Peluso, na Reclamação 2.391/PR, que decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 9º, da Lei 9.034/95, nos seguintes termos:

Além de infringir princípios básicos de justiça – porque uma eventual reforma da decisão, em que o réu tenha sido preso, não encontra nenhuma medida no campo jurídico capaz de restaurar o estado anterior, pois se trata de privação de liberdade, e sequer a indenização de ordem pecuniária, prevista na Constituição, por erro na prisão compensa a perda da liberdade, que é o bem supremo do cidadão – é absolutamente incompatível – e aqui invoco o princípio da proporcionalidade – com o

---

<sup>112</sup> HC n.º 72.366/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13-9-1995, Dj de 26-11-1999.

<sup>113</sup> HC n.º 69.263, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, Dj de 9-10-1992.

que sucede na área cível, onde uma sentença de caráter condenatório que sirva de título executivo sem o seu trânsito em julgado, não acarreta execução definitiva, por resguardo de consequências de ordem puramente patrimonial que podem ser revertidas. Noutras palavras: teríamos, num caso em que está em jogo a liberdade física, admitido uma exceção provisória de sentença condenatória, quando o sistema não admite na área civil <sup>114</sup>.

Esta tese passou a ganhar força na doutrina e na jurisprudência da Corte Constitucional. Na doutrina, por todos, leciona Odone Sanguiné que:

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se logramos o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada” <sup>115</sup>.

Nessa linha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) voltou a enfrentar o tema nos habeas corpus n.º. 84.078/MG <sup>116</sup> e n.º 83.868/AM <sup>117</sup>, ambos julgados no ano de 2009.

Nestes julgados a Corte Constitucional entendeu que a execução provisória da pena, sem que houvesse o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, era atentatória ao princípio da presunção de inocência, consagrado no texto constitucional.

Pela didática e pela ênfase, transcreve-se parte do voto (condutor) do então Ministro Eros Grau no *habeas corpus* n. 84.078/MG:

---

<sup>114</sup> Rcl. 2.391, Rel. Min. Marco Aurélio, considerada prejudicada em sessão plenária de 10-3-2005, por perda superveniente de objeto.

<sup>115</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 445.

<sup>116</sup> HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Dj 5-2-2009.

<sup>117</sup> HC n.º 83.868, Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie, Dj 5-3-2009.

Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas”.

Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º <sup>118</sup>.

Ademais, lembra Claus Roxin que “en contraposición con el proceso civil, en lo proceso penal no hay una ejecución ‘provisional’, esto es, no es posible la ejecución sin cosa juzgada” <sup>119</sup>.

Em complemento, pode dizer-se que:

Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convole em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada <sup>120</sup>.

Em resumo, prevaleceu o entendimento segundo o qual não é possível antecipar “provisoriamente” o cumprimento de pena se não houver, contra o réu, sentença ou acórdão penal condenatório transitado em julgado, a respeitar a proporcionalidade e a dignidade humana.

Pois bem. Ocorre que em 17 de fevereiro do ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o *habeas corpus* nº. 126.292/SP, alterando

---

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Coordenadoria de Análise de Jurisprudência*. [consult. 23 nov 2019]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

<sup>119</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesual penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 435.

<sup>120</sup> MENDES, ref. 53, p. 537.

entendimento consolidado desde o ano de 2009 pela Corte <sup>121</sup> sobre o disposto no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988 <sup>122</sup>, o que foi considerado – pela comunidade acadêmica e jurídica em geral – um julgamento emblemático não apenas pela mudança radical na jurisprudência, mas também pelo contexto *jurídico-social* que o país atravessava à época, e ainda atravessa, em razão da denominada operação “Lava Jato”, bem como pelos fundamentos utilizados pelo STF para permitir o início da execução da pena imposta em sentença condenatória confirmada em segunda instância, ainda que ausente o trânsito em julgado da decisão.

Como ciência social, a interpretação do Direito é permeada por constantes mudanças – desde argumentativas até alterações de significados – que, por certo, são necessárias, e, às vezes, até mesmo esperadas pelas comunidades acadêmica, jurídica e também pelos jurisdicionados. Não se pode olvidar, ainda, de premissa elementar do Direito, segundo a qual “a prática do Direito consiste em argumentar.” <sup>123</sup> Aceitar a “evolução” dos entendimentos dos julgadores, especialmente daqueles que atuam nas mais altas Cortes de Justiça do país, faz parte do *jogo democrático*. Entrementes, o acerto ou o erro dos fundamentos/argumentos apresentados nas alterações de entendimento pode e deve ser analisado sob as mais diferentes perspectivas, a fim de que se proceda a um *controle externo* da função jurisdicional do Estado.

A proposta agora é analisar, com base na distinção entre regras e princípios e na máxima da proporcionalidade sob a perspectiva alexyana, os fundamentos utilizados pelo voto condutor do então relator e eminente Ministro Teori Zavascki, no que foi acompanhado por mais seis dos onze ministros que integravam a Suprema Corte, no *habeas corpus* n.º. 126.292/SP.

---

<sup>121</sup> Por dever de fidelidade, a Corte acabou por retomar entendimento esposado no HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), com julgamento realizado em 28/6/1991, em que se assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível. Esse entendimento foi alterado no HC 84.078/MG, com julgamento realizado em 5/2/2009, oportunidade em que, por sete votos a quatro, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostra incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Este, portanto, o entendimento prevalente de 2009 até fevereiro de 2016, quando do julgamento do HC 126.292/SP.

<sup>122</sup> Art. 5.º. [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

<sup>123</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. 3ª edição São Paulo: Editora Landy, 2006, p. 17.

Diversos foram os *argumentos* elencados pela Corte, alguns considerados *fortes*, outros, porém, paralelos, de complementação, considerados fracos <sup>124</sup>. O importante, entretanto, é, a partir de uma distinção entre regras e princípios, aplicar a máxima da proporcionalidade para realizar uma *ponderação* entre os princípios fundamentais envolvidos no caso e verificar, por meio dos postulados propostos por Alexy, qual deles merece maior *otimização*, trazendo, também, argumentos complementares, o que passa a expor no tópico seguinte.

## **2.2. Mutação Constitucional – Análise do *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP**

Com a análise do *habeas corpus* n. 126.292/SP, pelo Supremo Tribunal Federal, estamos diante de uma mutação constitucional, já que com a Corte, neste momento, dá a mesma norma interpretação diversa, daquela que vinha sendo adotada:

A mutação constitucional “consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante de alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito <sup>125</sup>.”

Apesar de não se tratar de um precedente vinculante, posto que a decisão foi tomada em sede de *habeas corpus* (n.º 126.292/SP) que, como cediço, possui efeito *inter partes*, notou-se uma adesão deste precedente pelas demais cortes de justiça do país, ordenando, após julgamento em segundo grau, aquilo que se denominou chamar de “execução provisória” da pena.

---

<sup>124</sup> A distinção pode ser verificada em: PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Tradução de Maria E. G. G. Pereira. 2ª edição São Paulo: Martins Fontes, 2005. Em apertada síntese: A força dos argumentos “é certamente vinculada, de um lado, à intensidade de adesão do ouvinte às premissas, inclusive às ligações utilizadas, de outro, à relevância dos argumentos no debate em curso. Mas a intensidade de adesão e, também, a relevância, estão à mercê de uma argumentação que viria combatê-las. Por isso a força de um argumento se manifesta tanto pela dificuldade que haveria para refutá-lo como por suas qualidades próprias.” (p. 524)

<sup>125</sup> BARROSO, ref. 59, p. 165.

Em seu voto, o relator, então Ministro Teori Zavascki, consignou que a questão envolve(ia) “reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”. Nessa análise, o Ministro aportou os seguintes fundamentos: *a)* é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado, vez que os recursos de natureza extraordinária não se prestam ao debate da matéria fático-probatória (item 5) – o que seria suficiente para, inclusive, uma inversão do princípio da presunção de inocência até então observado; *b)* a execução da pena na pendência de recursos extraordinários não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade (item 6); *c)* em países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Portugal, França, Espanha e Argentina, a execução da pena não fica suspensa aguardando referendo da Corte Suprema (item 7); *d)* os recursos extraordinários não têm finalidade específica de examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos (insiste o Ministro no item 8); e *e)* o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do Código Penal brasileiro), o que significa que os recursos extraordinários não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional, o que, segundo o Ministro, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal (item 9).

A controvérsia apresenta diversos aspectos interessantes, mas, para o que interessa a este estudo, o foco estará nos argumentos centrais do debate, sem prejuízo de breves considerações acerca dos argumentos *fracos*, paralelos, por assim dizer, a começar por estes.

Analisando os argumentos *vencedores*, percebe-se que no *item 7* do supracitado voto, o eminente Ministro invoca um argumento de “direito

comparado”, fazendo referência a sistemas jurídicos diversos que, todavia, são muito distintos do sistema brasileiro. Apenas para citar algumas das diferenças, no tocante à investigação preliminar, por exemplo, os Estados Unidos utilizam um modelo policial que é composto, no âmbito estadual, por mais de dezessete mil agências policiais. Na França o modelo é o de juiz de instrução. Na Alemanha, por sua vez, o modelo é o do promotor investigador. No que envolve Portugal, ao contrário do apontado pelo ministro Teori Zavascki, a execução da pena privativa de liberdade no processo penal português não ocorre após o duplo grau de jurisdição. Além disso, muitos desses países citados adotam julgamentos colegiados já em primeiro grau (muito distinto do brasileiro, cujo julgamento é monocrático) <sup>126</sup>. Acrescente-se a isso os diferentes modelos de políticas criminais, sem contar a absoluta diferença do sistema carcerário. A generalização do argumento sem qualquer análise das distinções entre os sistemas judiciais o torna, ao menos segundo Perelman <sup>127</sup>, fraco.

Nos itens 5 e 8 o Ministro aduziu (no que lhe acompanharam outros seis Ministros) que os recursos de natureza extraordinária não têm o condão de rediscutir fatos e provas, pelo que a “culpa” restaria comprovada com a decisão de segundo grau, na medida em que aqueles recursos não se prestam a discutir a “justiça” da decisão.

Em primeiro lugar, a culpabilidade expressada pelo princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição da República de 1988, é jurídica (normativa), diferente, portanto, do conceito fático de culpabilidade.

Segundo lição de Geraldo Prado, o conceito de culpabilidade *fática* é utilizado no paradigma de controle social do delito adotado, por exemplo, no modelo norte-americano. Em suas palavras:

O modelo do controle social do delito opera com um conceito operacional de culpabilidade fática que é oposto ao conceito jurídico de culpabilidade, que repousa na presunção de inocência. O *crime control model* apoia-se

---

<sup>126</sup> LOPES JR., Aury. Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Outubro 2019. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>.

<sup>127</sup> PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Tradução de Maria E. G. G. Pereira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 531.

na tese da igualdade hierárquica entre direitos fundamentais intangíveis e no dever do Estado de garantir “justiça eficiente”, sublinha **Bacigalupo**, e termina por determinar o âmbito normativo dos direitos processuais do acusado “ponderando, também, os interesses da persecução do delito”<sup>128</sup>.

A culpabilidade *normativa*, em apertada síntese, exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. É que:

...o conceito jurídico de culpabilidade não admite a equiparação (igualdade) entre os direitos (e garantias) fundamentais do acusado e os deveres-poderes do Estado de repressão ao delito (situação jurídica). O fato de para a acusação, por exemplo, o recurso extraordinário em matéria penal não ter efeito suspensivo, enquanto o contrário se verifica relativamente ao mesmo recurso interposto pela defesa, não se resolve por uma equação matemática de “igualdade”. [...] ... convém frisar que, sob o enfoque das técnicas de garantia dos direitos fundamentais, a *igualdade* considera a posição da pessoa humana no sistema político e a sua primazia axiológica: a pessoa como *valor*, tomando-se em conta as suas variadas identidades e a pluralidade de pontos de vista expressados por elas, segundo **Luigi Ferrajoli**. Os direitos fundamentais são o *fundamento* do Estado de Direito e se colocam em oposição aos poderes absolutos e arbitrários, que têm por escopo, justamente, *desigualar*, tal seja, imprimir tratamento diferenciado ao caso concreto a partir de diferenças pessoais consideradas intoleráveis pelo prisma do poder<sup>129</sup>.

De outro lado, a natureza “extraordinária” do recurso não altera ou influi no conceito de trânsito em julgado – que aqui dispensa explicação, pois acima tratado – estabelecido, expressamente, como marco final do processo e inicial para o tratamento de culpado. Parece que a Egrégia Corte constitucional, desta maneira, pode estar a criar um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura decisionista e solipsista de cunho autoritário e antidemocrático<sup>130</sup>, contrariando e/ou inobservando texto constitucional expresso<sup>131</sup> e a

---

<sup>128</sup> PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Boletim do IBCCrim, n. 277, dezembro de 2015. [consult. 21 nov. 2019]. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria).

<sup>129</sup> PRADO, ref. 128.

<sup>130</sup> Para um melhor entendimento, leia-se Lenio Streck explicando os perigos do decisionismo e do juiz solipsista, bem como desse tipo de ‘livre’ interpretação e (re)criação de conceitos jurídicos, o que também pode ser verificado em suas obras: ‘O que é isso? Decido conforme a minha consciência’, ‘Verdade e Consenso’ e ‘Hermenêutica e(m) Crise’.

<sup>131</sup> Segundo Raul Gustavo Ferreyra: “La constitución inaugura un proceso jurídico cuya finalidad es servir al desarrollo de la vida de cada uno de los individuos que integran una comunidad. [...] **La constitución es el plan maestro** que esquematiza las formas y procedimientos que **debe observar toda la producción jurídica de los poderes del Estado**”. FERREYRA, Raul Gustavo. *Fundamentos constitucionales*. 2ª edição. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015, p. 53.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como inverter os postulados por atribuir (eventual) ineficácia do sistema penal a uma garantia prevista nacional e internacionalmente, garantia sobre a qual foram fundados os postulados do Estado Democrático de Direito.

No item 9 e, ainda que de forma paralela, também em outros pontos do voto -, ocorreu o embate/colisão entre princípio de envergadura constitucional vez que, de um lado, o princípio da presunção de inocência e, de outro, o princípio da efetividade da função jurisdicional penal, segundo consignou o Ministro Teori Zavascki.

Em seu voto, salientou o eminente Ministro que o princípio da presunção de inocência, além de expressamente previsto na Constituição brasileira, é também previsto no artigo 11.º, n.º 1 <sup>132</sup>, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – que foi aderida pelo Brasil – e reconheceu o princípio como “verdadeiro postulado civilizatório”. Contudo, registrou que “a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade”, bem como aduziu que “a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção de inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, a configuração da prescrição da pretensão punitiva”. Disse, ainda, que os “apelos extremos”, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”<sup>133</sup>.

Num primeiro momento se pode pensar que o voto do Ministro propôs, quando menos, um “equilíbrio mínimo” entre os princípios em confronto, “de modo que la satisfacción del contenido esencial de un principio no concerne, a

---

<sup>132</sup> Art. 11.1 “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

<sup>133</sup> HC nº 126.292/SP, Rel. MIN. Teori Zavascki, Dj de 17- 05-2016.

su vez, la sustancia del otro y viceversa” <sup>134</sup>, pela só razão de que se estabeleceu preferência pelo princípio da efetividade da jurisdição penal, o que não afetaria – no entendimento do então Ministro - o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade.

Contudo, rememorando <sup>135</sup> e aplicando a *idoneidade* - proposta como subprincípio da proporcionalidade por Alexy, e que consiste na verificação do meio menos gravoso para a realização do princípio contraposto, bem como exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover a qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados e a *necessidade* que é definida como a exigência de que o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo a ideia de grau de interferência <sup>136</sup> - se pode dizer que a decisão tomada no *habeas corpus* ora em análise não passa(ria) pelas proposições alexyanas, isto porque o grau de afetação ou insatisfação do princípio da presunção de inocência foi máximo, de forma a nulificar sua incidência, quase como se uma regra (e não um princípio) fosse.

Noutro dizer, o princípio da presunção de inocência foi atingido em seu núcleo essencial <sup>137</sup>, qual seja, o trânsito em julgado necessário à culpa do agente. Quando se desloca e/ou se desconsidera o trânsito em julgado para a comprovação final da culpa do agente, o princípio perde a razão de ser, pois estes dois elementos estão interligados intrinsecamente e são inseparáveis. Em resumo, além da grave e alta afetação ao princípio, não se optou pelo meio menos gravoso para o direito objeto da restrição, o que afeta a idoneidade e a

---

<sup>134</sup> CABANILLAS, ref. 50, p. 243.

<sup>135</sup> Em apertada síntese, a lei de ponderação de Alexy consiste na verificação de três planos: 1. Definir a intensidade da intervenção, ou seja, o grau de insatisfação ou afetação de um dos princípios; 2. Definir a importância dos direitos fundamentais justificadores da intervenção, ou seja, a importância da satisfação do princípio oposto; 3. Realizar a ponderação em sentido específico, i.e., se a importância da satisfação de um direito fundamental justifica a não satisfação do outro.

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Março 2007. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829 Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teor%C3%ADa\\_princ%C3%ADpios\\_regras?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teor%C3%ADa_princ%C3%ADpios_regras?pagina=2).

<sup>136</sup> ALEXY, ref. 35, p. 119.

<sup>137</sup> “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais (...)”. SARLET, ref. 52, p. 206.

necessidade do ponto de vista das lições de Alexy. Em doutrina se diz que a presunção de inocência “é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal” <sup>138</sup>. Este, quando “estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana” <sup>139</sup>, bem como considerar que “a regra é a manutenção da liberdade do cidadão” <sup>140</sup> e, por isso, “a prisão somente se justifica após uma sentença condenatória com trânsito em julgado” <sup>141</sup>, o que não foi, como visto, observado pelo Ministro (e pelo STF) no citado *habeas corpus*.

A *proporcionalidade em sentido estrito*, por sua vez, ao contrário da idoneidade e da necessidade, que se referem às possibilidades fáticas, diz respeito às possibilidades jurídicas e representa, propriamente, a ponderação que é a forma específica de aplicação dos princípios <sup>142</sup>.

A aplicação deste subprincípio pretende justificar (ou não) a satisfação de um direito fundamental em detrimento de outro a partir do sopesamento e/ou ponderação de tais direitos. Isto é, busca realizar uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados, visando a manutenção de um equilíbrio e proporção entre ambos. Ademais disso, “la exigencia de proporcionalidad se fundamentará, pues en la propia vigencia de los derechos fundamentales; y la proporcionalidad no será en este sentido más que un criterio de interpretación de las limitaciones que cada derecho fundamental tolera en aras de la satisfacción de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes” <sup>143</sup>.

Do ponto de vista das possibilidades jurídicas, a otimização do princípio da efetividade da jurisdição penal poderia ter sido feita por outros meios – buscar, por exemplo, a diminuição dos “tempos mortos” do procedimento; inclusive por outras esferas de poder, a exemplo do aumento do prazo

---

<sup>138</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p.442.

<sup>139</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 443.

<sup>140</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 443.

<sup>141</sup> GIACOMOLLI, ref. 69, p. 443.

<sup>142</sup> CABANILLAS, ref. 50, p. 234.

<sup>143</sup> MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago. *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Florida: Valletta Ediciones, 2017, p. 87.

prescricional dos delitos (a extirpar uma das *preocupações* do Ministro, já que este seria, para ele, um *problema* de efetividade), o aumento do número de magistrados nas cortes de justiça (dando mais celeridade aos julgamentos) <sup>144</sup> etc. - que não o ataque direto ao conceito elementar de trânsito em julgado e comprovação de culpa que restringe, ao fim e ao cabo, o próprio direito fundamental de *liberdade*, vez que o STF autorizou um “adiantamento da pena” <sup>145</sup>, uma espécie de “conta corrente prisional” <sup>146</sup>.

Os meios utilizados pelo STF para otimizar a efetividade da jurisdição penal não atingem os *objetivos desejados pela decisão*, ao contrário, sob tais pretextos eles acabaram por sacrificar a presunção de inocência. É que o STF negou vigência<sup>147</sup> a uma garantia do cidadão, pois, na sua linha de interpretação, onde se lê que não se presume a culpa até o trânsito em julgado, deve-se ler que não se presume a culpa até o julgamento em segunda instância, o que não passa, *concessa venia*, sequer ao crivo de uma interpretação literal <sup>148</sup>, quem dirá então a uma análise sob o ponto de vista da proporcionalidade alexyana. Há quem diga que a decisão tomada pelo STF foi mais uma (a) “reconhecendo, em entrelinhas, que a liberdade é um empecilho ao exercício da jurisdição”, (b) considerando que “*literalidade faz da presunção de inocência uma garantia de impunidade*”, e esquecendo que “a demora nos julgamentos não pode ser debitada aos condenados” <sup>149</sup> <sup>150</sup>.

---

<sup>144</sup> A bem da verdade, a efetividade da jurisdição penal se dá justamente pela otimização da proteção dos direitos inerentes a este ramo do direito, especialmente o direito à liberdade, que foi mitigado pela decisão contida no *habeas corpus* em análise. Além disso, a (in)efetividade da jurisdição penal não pode ser atribuída ao acusado, mas sim ao próprio Estado que se propôs a punir tudo o que pune.

<sup>145</sup> SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Fevereiro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>.

<sup>146</sup> SCAFF, ref. 145.

<sup>147</sup> “O direito não vigora *porque* foi capaz de se impor de modo efetivo, mas vigora *quando* é capaz de se impor de modo efetivo, *porque* só então pode garantir a segurança jurídica”.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 124.

Acrescente-se que: “Segurança é incompatível com arbítrio, com arbitrariedade e com casuísmo. Atende ao espírito conservador do direito, que exige duração razoável da ordem jurídica. Reformas legislativas frequentes ou instabilidade da jurisprudência, dos precedentes judiciais, não se coadunam com a certeza do direito, exigência da civilização”.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85.

<sup>148</sup> Acerca da interpretação conferida pelo STF à Constituição (ao princípio da presunção de inocência), adverte Lenio Streck: “O STF não pode mais do que os limites semânticos do seu texto”.

STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? *Revista Consultor Jurídico* [online]. Setembro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>

<sup>149</sup> VASCONCELLOS, Marcos, LUCHETE, Felipe, GRILLO, Brenno. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Fevereiro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opinio-publica-antecipar-pena>.

<sup>150</sup> STRECK, ref. 148.

Referidas correlações não se sustentam porque, não é fazendo com que a pena possa ser cumprida “provisoriamente”, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que o sistema penal será eficaz. A eficácia ou mesmo efetividade do sistema penal passa ao largo de tal assertiva. É dizer, qualquer interpretação que mitigue uma garantia sob o argumento da (suposta) eficácia e *efetividade* do sistema penal, desconsidera os pilares-mestres da liberdade, conseguida com tanto esforço por aqueles que lutaram contra a opressão dos tiranos. Assim agindo, o Supremo Tribunal aproximou-se, por demasiado, de um modelo inquisitivo de processo que “desenvolve-se na base de um *favor societate* onde vigora a «presunção de culpa» do arguido” <sup>151</sup>.

Assim, pode entender-se que além de não se otimizar a *efetividade da jurisdição penal*, o STF pode ter restringido a eficácia <sup>152</sup> da *presunção de inocência* prevista no artigo 5.º, LVII, da Constituição da República do Brasil de 1988.

Além disso, “estando o Brasil comprometido com o cumprimento das disposições constantes nos referidos documentos internacionais [v.g. Convenção Americana sobre Direitos Humanos], evidencia-se que o entendimento da Suprema Corte brasileira acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade e, por consequência, da presunção de inocência, pode ter os violado” <sup>153</sup>.

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal pode ter desconsiderado muitos outros postulados caros ao Direito Penal Constitucional, bem como a regras de Direito Internacional, como as estudadas neste trabalho, de forma que se pensar numa responsabilização internacional do Estado brasileiro – porque decidiu em descompasso com a CIDH, violando dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da própria Constituição – é ou seria possível.

---

<sup>151</sup> GUIMARÃES, ref. 84, p. 385.

<sup>152</sup> “Por *eficácia* devemos designar o resultado social positivo alcançado pelas normas jurídicas. Lei eficaz é a que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la”.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72.

<sup>153</sup> AMARAL, Augusto Jobim do, CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, Maria João, D’Ávila, Fabio Roberto, SANTOS, Cláudia, GIACOMOLLI, Nereu. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 127.

Contudo, outra reviravolta – no tocante à interpretação do princípio da presunção de inocência – estava prestes a ocorrer. Desta vez, a discussão foi travada por meio de 3 (três) ações diretas declaratórias de constitucionalidade (de números 43, 44 e 54), em que se pretendeu que o tribunal declarasse a compatibilidade, ou não, da regra contida no artigo 283.º do Código de Processo Penal, com o disposto no inciso LVII, do artigo 5.º, da Constituição da República, o que se passa a expor.

### **2.3. “Nova Interpretação”: Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54**

O julgamento do *habeas corpus* n.º 126.292/SP ocorreu em 17 de fevereiro de 2016 e importou, como visto, mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à exegese do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, antes exposto no *habeas corpus* n.º 84.078/MG.

Pouco tempo após o citado julgamento, foram ajuizadas 2 (duas) ações declaratórias de constitucionalidade<sup>154</sup>: a ADC n.º 43<sup>155</sup>, autuada em 19.05.2016, proposta pelo Partido Ecológico Nacional e a ADC n.º 44<sup>156</sup>, autuada em 20.05.2016, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Na sequência, em 18.04.2018 foi proposta a ADC n.º 54<sup>157</sup>, pelo Partido Comunista do Brasil.

A questão trazida nas ações declaratórias de constitucionalidade n.ºs 43, 44 e 54 versava tão somente a relação entre a norma constitucional

---

<sup>154</sup> Por definição: “É espécie de controle concentrado no STF que visa declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais que estejam em consonância com a Constituição”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 965.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Processo Eletrônico 4000886-80.2016.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Processo Eletrônico 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Processo Eletrônico 0069352-29.2018.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>.

insculpida no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988 e a norma legal prevista no artigo 283.º, do Código de Processo Penal, respectivamente:

**CF - Artigo 5.º (...). LVII –** ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

**CPP - Art. 283.º** 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. (...).

Com efeito, caberia à Corte Constitucional “averiguar e ao final declarar se esta norma legal está ou não em conformidade com aquela norma constitucional, se é ou não compatível com aquela, se seu sentido cabe ou não no sentido daquela, coincidindo ou não com seu sentido” <sup>158</sup>.

Na conhecida conceituação de Jorge Miranda, elaborada em dissertação apresentada há mais de 50 (cinquenta) anos na Faculdade de Direito de Lisboa <sup>159</sup>, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido” <sup>160</sup>.

Mais do que a compatibilidade ou a conformidade, infere-se que estava em consideração a identidade do *trânsito em julgado*, constante em ambos os dispositivos, para a afirmação da culpabilidade e consequente execução de pena privativa de liberdade.

No tocante à interpretação do citado artigo 283.º, do CPP, a doutrina leciona que o mesmo:

---

<sup>158</sup> KARAM, Maria Lucia. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Outubro 2019. [consult. 24 no 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/maria-lucia-karam-julgamento-adcs-43-44-54-stf>.

<sup>159</sup> KARAM, ref. 157.

<sup>160</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 (reimpressão), p.11.

... elenca três formas de prisões constitucionalmente admitidas no processo penal: prisão em flagrante, prisão cautelar (preventiva ou temporária) e prisão-pena. Desta feita, qualquer outra espécie de prisão fere o princípio da legalidade, vez que a CF, bem como o Pacto de San Jose da Costa Rica do qual o Brasil é signatário, determinam que apenas lei em sentido estrito pode regulamentar matéria penal. A prisão-pena só é admissível, por expressão literal da CF, após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, e não após o esgotamento dos recursos ordinários. Destarte, ficaria ainda rechaçada a possibilidade de execução provisória decorrente de condenação em segundo grau de jurisdição, por configurar violação ao princípio da presunção de inocência enquanto norma de tratamento: o acusado deve ser tratado como inocente durante todo o procedimento de apuração da culpa e somente uma sentença judicial transitada em julgado que concluir pela sua condenação tem o condão de lhe declarar culpado. Impende ainda destacar a relevância que o trânsito em julgado possui no Estado Democrático de Direito, vez que consolida as relações sociais, garantindo-lhes estabilidade e segurança jurídica, consubstanciando-se em termo objetivo para a cassação da eficácia do princípio da presunção de inocência <sup>161</sup>.

Retomando o entendimento firmado no *habeas corpus* n.º 84.078/MG, a maioria - por 6 (seis) votos a 5 (cinco) - dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nas citadas ADC's, seguiu o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, pelo que transcrevemos parcialmente:

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva.

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição

---

<sup>161</sup> GONÇALVES, Gina. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, Maria João, D'Ávila, Fabio Roberto, SANTOS, Cláudia, GIACOMOLLI, Nereu. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 516-518.

Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável <sup>162</sup>.

Noutro trecho, o Ministro Marco Aurélio teceu fortes críticas à anterior alteração de entendimento da Corte, nos seguintes termos:

Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Carta da República, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo no julgamento do *habeas corpus* nº 84.078, relator o ministro Eros Grau, encerrado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”.

Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento adotado na apreciação do *habeas* de nº 126.292: passados 7 anos, e não apenas 2, reverteu-se a óptica que embasou a reforma do Código de Processo Penal. Tem-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se à Constituição Federal, ao passo que este Tribunal dela se afastou.

Descabe, considerada a univocidade do preceito, manejar argumentos metajurídicos, a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser ponderados, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania <sup>163</sup>.

No que concerne à análise sobre a harmonia ou compatibilização do artigo 283.º, do CPP, com o artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição de 1988, objeto das 3 (três) ações declaratórias, o Ministro Relator destacou que:

A harmonia, com a Constituição de 1988, do artigo 283 do Código de Processo Penal é completa, considerado o alcance do princípio da não culpabilidade, inexistente campo para tergiversações, que podem levar ao retrocesso constitucional, cultural em seu sentido maior. (...)

Repito: o princípio constitucional da não culpabilidade pressupõe, para ter-se o início do cumprimento da sanção, o trânsito em julgado da

---

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 5 de outubro de 2016 [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>.

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 5 de outubro de 2016 [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>.

sentença penal condenatória – a revelar a existência de pronunciamento precluso na via da recorribilidade <sup>164</sup>.

Afora os fundamentos acima relacionados, o Ministro Relator consignou argumentos de há muito utilizados em suas manifestações - todos já trazidos no decorrer do presente estudo - no sentido de prestar deferência à clareza do dispositivo constitucional que consagra o princípio da presunção de inocência - que autoriza o cumprimento da pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CF, art. 5.º, LVII).

Referida interpretação é condizente com o processo do tipo acusatório, tão desejável e necessário em um Estado Democrático de Direito.

Assim o é, em resumo, porque o “tratamento processual do arguido deve ser orientado pela ideia da inocência e não pela da culpabilidade, pela ideia de manutenção dos direitos e não da sua supressão, de forma a que o arguido sofra o menos possível durante o processo, até porque enquanto não houver decisão final, é sempre de admitir a hipótese da absolvição” <sup>165</sup>.

Interessante notar e registrar, por derradeiro, que o Ministro fez referência – de forma crítica – a argumentos *metajurídicos*, a exemplo, principalmente, dos escândalos de corrupção que assolam a República Federativa do Brasil, bem como mencionou a *segurança jurídica*, tão necessária para a estabilização dos ditames basilares da ordem constitucional.

Neste sentido, e a título de complementação e fechamento do estudo proposto, é imperioso trazer à baila considerações - ou, ainda, provocações e indagações - acerca do papel da Corte Constitucional, especialmente frente a situações de grave instabilidade social, quando, de fato, é testada a força democrática e o amadurecimento das instituições de poder, imprescindíveis ao adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, conforme segue.

---

<sup>164</sup> Brasil, ref. 162.

<sup>165</sup> GUIMARÃES, ref. 84, pp. 391-392.

## 2.4. Oscilação Jurisprudencial: entre Política e Segurança Jurídica

As discussões jurídicas envolvendo o princípio da presunção de inocência em solo brasileiro têm, como cediço, um pano de fundo muito claro e específico: a denominada Operação Lava Jato.

Referida Operação até a realização deste trabalho foi a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos <sup>166</sup>.

O caso se expandiu e já em 2019, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avançava em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos celebrados com governos estaduais <sup>167</sup>.

Em dezembro de 2020, a operação possui desdobramentos na primeira instância no Rio de Janeiro, Distrito Federal, São Paulo e em diversos outros Estados da Federação, além de inquéritos e ações tramitando no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) para apurar fatos atribuídos a pessoas com foro por prerrogativa de função <sup>168</sup>.

Além disso, pelo menos 12 países iniciaram suas próprias investigações a partir de informações compartilhadas por meio de acordos de cooperação internacional. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados <sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Entenda o caso. [consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

<sup>167</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ref. 166.

<sup>168</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ref. 166.

<sup>169</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, ref. 166.

Neste sentido, revela-se importante registrar que, em fevereiro de 2016, quando do julgamento do *habeas corpus* n.º 126.292/SP, a Operação estava em pleno curso.

Despiciendo anotar que essa investigação recebeu muita atenção da imprensa nacional e internacional. Pressões de diversos setores sociais começaram a recrudescer. Manifestações em todos os estados brasileiros passaram a ser corriqueiras, e a população passou a exigir de todos os órgãos públicos medidas *eficazes* no combate à corrupção, dentre elas, a prisão, após condenação em segunda instância, para o cumprimento provisório da pena.

Apesar de razoáveis esforços dos Poderes Legislativo e Executivo no combate aos delitos em geral, e considerado o sistema judicial brasileiro, inevitavelmente seria o Supremo Tribunal Federal o responsável último por conduzir os rumos da Operação Lava Jato, aplicando – finalmente – o Direito.

Neste sentido, afirma-se com certeza que a alteração do entendimento da Corte Constitucional brasileira acerca da possibilidade de aplicação da pena antes do trânsito em julgado se deu em um cenário político bastante conturbado e, muito provavelmente, impulsionado pela revolta e pressão populares clamando pelo fim da *impunidade* e por *justiça*.

Muitas são as indagações que podem ser levantadas a partir do exposto, tais como: a pretexto de acabar com a *impunidade* e proporcionar *justiça* cabe ao Supremo Tribunal Federal violar a Constituição? Os fins justificam os meios, ainda que os meios sejam a própria Carta Magna? Alterações circunstanciais de entendimentos são benéficas à ordem jurídica e à sociedade? A segurança jurídica deve ser desprezada em nome do clamor social e popular? Cada uma destas questões merece estudo específico. Contudo, será “exatamente em tempos de urgência de violência punitiva, aparentemente irrefreáveis, que um gesto de resistência se impõe a todos, nem que seja pelo resto de vergonha que ainda nos sobreviva. Um “não” como germe persistente sobre aquilo que se põe como imponderável deve subsistir. O nada novo no ar de “progresso” judicial, hoje inspirado pela ode ao combate à impunidade (ou *slogans* afins),

não cessa em deixar, no horizonte, sob escombros, o lastro das conquistas democráticas”<sup>170</sup>.

Interessante notar que o próprio Ministro Relator, Marco Aurélio, consignou em seu voto 2 (dois) aspectos intrigantes, a saber:

**(1)** O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalize não ficarem sujeitos a revisão judicial, que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará. A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a intranquilidade na vida gregária.

**(2)** Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia relembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”<sup>171</sup>.

Aduziu o Ministro, no primeiro ponto (1), que a Suprema Corte não deve colocar em risco a ordem constitucional por razões e motivos *metajurídicos* reveladores de situações de instabilidade social e institucional, a revelar a prática de delitos de toda ordem, bem como não deve o Supremo sobrepujar sua competência a ponto de aniquilar o princípio da separação de poderes, com o objetivo de “reescrever” a Constituição. Em resenha, não deve o STF curvar-se a pressões externas e há limites, inclusive semânticos, à interpretação.

---

<sup>170</sup> AMARAL, ref. 153, p. 129.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, julgamento em 5 de outubro de 2016 [consult. 24 nov 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>.

No segundo ponto (2), o Ministro levantou questão de suma importância, qual seja a segurança jurídica, alegando que os fins não devem justificar os meios, pois é justamente o meio – a lei, a Constituição – que confere estabilidade às relações jurídico-sociais.

Supõe-se que a Suprema Corte, quando da alteração de entendimento via *habeas corpus* 126.292/SP, tenha ouvido as vozes “da rua” sempre eivadas de “verborragia punitivista, farta em se camuflar das melhores intenções”<sup>172</sup>.

As manifestações sociais e os argumentos metajurídicos não podem conduzir à “crispação constitucional, que representa um ressecamento das capilaridades dos direitos fundamentais”<sup>173</sup> respaldados na Constituição. Importante lembrar-se, sempre, que o elemento primordial da presunção de inocência alude a uma clássica opção garantista de civilidade “em favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpável”<sup>174</sup>.

Na mesma linha de raciocínio o jurista italiano Francesco Carrara, para quem, em prol do maior interesse que todos os inocentes sejam protegidos, através da contraposição entre o “mal certo e positivo” da condenação de um inocente em oposição ao “mero perigo” (de delitos futuros) representado pela absolvição de um culpável<sup>175</sup>.

De recordar, ainda, que a seletividade é o traço permanente de qualquer sistema penal<sup>176</sup>, ou seja, o poder punitivo, tal como uma epidemia, funciona atingindo os mais vulneráveis ao seu programa criminalizador; assim, não se alcançará a punição de todos os culpados, bem mesmo o resguardo de todos os inocentes. Portanto, máxima a ser interrogada de forma ideal, mas que denota a radical inclinação que deve manter qualquer sistema processual penal de cunho democrático: é preferível termos casos de culpáveis absolvidos com a certeza de que nenhum inocente será condenado ou, pendente ao

---

<sup>172</sup> AMARAL, ref. 153, p. 129.

<sup>173</sup> AMARAL, ref. 153, p. 130.

<sup>174</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trota, 1995, p. 549.

<sup>175</sup> CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863, p. 373.

<sup>176</sup> ZAFFARONI, Eugenio, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 46-51.

autoritarismo, aceitar idealmente todos os culpados condenados, todavia ao preço de algum inocente <sup>177</sup>.

Estes importantes apontamentos, ao que tudo indica a sociedade (brasileira) não consegue compreender, olvidando que tal garantia sirva a ela mesma, a cada um de seus integrantes. Ao contrário, ela é dominada pelo – e acaba por propagar o – populismo punitivo.

Entretanto, por diversas e óbvias razões, o Supremo Tribunal Federal não deve curvar-se a tanto, senão sempre assegurar as liberdades públicas, os direitos fundamentais, mormente em tempos de crise, como a que passa *terrae brasiliis*. O Supremo tem de fazer valer a Constituição. Bem assenta e conclui Streck no sentido de que: “Se vierem leis que violam o pacto constituinte, que provoquem retrocesso político, social ou em termos de direitos humanos-fundamentais, só um STF sobranceiro, ortodoxo, poderá salvar a democracia” <sup>178</sup>.

Por outro lado, é preciso compreender que a *segurança jurídica* deve, como regra, acompanhar as decisões do Poder Judiciário, em que pesem a singularidade existente em cada caso concreto e a possibilidade de alteração legislativa e/ou exegética.

É que a segurança jurídica “decorre diretamente do Estado Constitucional de Direito” <sup>179</sup>.

Na hipótese mais singela diz-se que a segurança jurídica exerce 3 principais funções: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica.

Por certo, a calculabilidade pode ficar comprometida com decisões que inovam na esfera da liberdade dos indivíduos. Da mesma forma, previsibilidade e confiança podem restar eliminadas, cedendo à surpresa e inventividade a

---

<sup>177</sup> AMARAL, ref. 153, p. 131.

<sup>178</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A verdadeira autoridade do Supremo Tribunal diante de crises*. [consult. 28 nov 2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/lenio-streck-verdadeira-autoridade-supremo-tribunal-diante-crisis>. em 28 de nov. de 2019.

<sup>179</sup> TAVARES, ref. 56, p. 622.

*posteriori*, mesmo que com violações das pautas constitucionais. Contudo, tal vez a função mais importante da segurança jurídica seja a “estabilidade mínima da ordem jurídica, que é realizada em especial pela existência de cláusulas de eternidade na Constituição dotada de supremacia. A eternização dos direitos fundamentais positivados atende, em parte, àquele mínimo de continuidade (e identidade) da ordem jurídica vigente, apesar das constantes edições e revogações de atos normativos que se verificam em todos os ordenamentos jurídicos em vigor” <sup>180</sup>.

Pode afirmar-se que, “assim como a segurança jurídica se projeta para o passado (irretroatividade das leis e das emendas à Constituição), ela também se lança para o futuro (com a pretensão de estabilidade mínima do Direito e com seus institutos destinados a alcançar esta finalidade, como cláusulas pátreas, usucapião etc.)” <sup>181</sup>.

No ponto, estabilidade não se deve confundir com estancamento do Direito, pois, não há e nunca houve direito à petrificação da ordem jurídica. Contudo, não há como se falar em proteção da confiança do cidadão sem a certeza da projeção de uma estabilidade mínima da ordem jurídica que é verificada, para além de eventuais alterações legislativas, também nas decisões do Supremo Tribunal Federal como último intérprete do Direito.

Em resenha, ainda que questões políticas tendam a influir nas decisões da Suprema Corte, esta deve prezar pela defesa da Constituição a qualquer custo, buscando sempre um mínimo de segurança jurídica, uma vez que nenhum custo eventual será maior do que a perda das conquistas democráticas de há muito obtidas.

---

<sup>180</sup> TAVARES, ref. 56, p. 622.

<sup>181</sup> TAVARES, ref. 56, p. 622.

## CONCLUSÃO

A presente dissertação propôs-se analisar elementos essenciais acerca dos direitos fundamentais, tais como os movimentos constitucionalistas que serviram de *standard* àqueles, seu conceito e suas funções, a regra da proporcionalidade como instituto apto a solucionar eventuais conflitos entre princípios fundamentais, bem como o princípio da presunção de inocência insculpido tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quanto em diplomas internacionais, a exemplo das Convenções Americana e Europeia sobre Direitos Humanos.

A partir deste eixo dogmático-conceitual – que serve de apoio à pesquisa – sobreveio o exame da possibilidade de executar-se a pena antecipadamente no Brasil, isto é, ainda que pendente recurso a atacar a decisão, ou seja, mesmo que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para esta análise se fez necessário perpassar pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal no Brasil, sobre a execução antecipada da pena pós Constituição de 1988, pela *mutação* constitucional ocorrida no *habeas corpus* n° 126.292/SP, bem como pelo retorno à compreensão anterior por intermédio das ações declaratórias de constitucionalidade n.ºs 43, 44 e 54. Para além, foram realizadas considerações a respeito da oscilação jurisprudencial promovida pela Suprema Corte em curto lapso temporal, vez que tratou da delicada questão política que pode permear as decisões deste Órgão em contraponto à segurança jurídica, esta como elemento de estabilidade mínima à ordem jurídica. Neste ponto não se objetivava esgotar o assunto, mas apenas e tão somente registrar algumas reflexões e provocações, por assim dizer, e que até foram tratados no voto do Ministro Relator das ADC's citadas, bem como estabelecer um aporte para eventuais pesquisas futuras.

Levando-se em consideração todo o exposto, embora sem a pretensão de exaurir o tema, conclui-se que é imperativa a necessidade de observância

constante e perene de direitos fundamentais, uma vez que estes são a base de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Qualquer ação, ou mesmo omissão, que macule direitos fundamentais ataca contra a estrutura do Estado de Direito. A importância do resguardo dos direitos do homem perpassa fronteiras e estende-se à comunidade internacional, uma vez que a condição humana independe de nacionalidade e ou cidadania, nas concepções jurídicas dos termos. Proteger a dignidade da pessoa humana é imprescindível na civilização hodierna, e esta proteção sobrevém, principalmente, por meio da obediência à Constituição e dos tratados e convenções internacionais, nos âmbitos interno e internacional, respectivamente.

É preciso recordar e reconhecer que o tratamento jurídico-penal-constitucional que o Estado oferta aos seus jurisdicionados, diz muito a respeito de sua política criminal inserida em um determinado sistema político e da forma como este Estado procede quando da violação de direitos fundamentais por parte de pessoa natural ou jurídica.

No ponto, e como medidor do poder punitivo estatal, tem-se o princípio da presunção de inocência que, como visto, representa uma garantia política do cidadão que visa fazer prevalecer o *status libertatis* em detrimento do *ius puniendi*.

A interpretação a ser conferida ao princípio da presunção de inocência contido no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição de 1988, conta com discussões e alternâncias de entendimentos que foram expostas anteriormente.

Há doutrina sustentando a possibilidade de mitigação do princípio quando se tem uma decisão condenatória de segundo grau, o que possibilitaria, segundo ela, a execução antecipada da pena, sem a necessidade de ocorrer o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De outro lado, há defensores da impossibilidade de se cumprir uma sanção penal antes de esgotadas todas as possibilidades de reexame da decisão que a impôs, de modo a preservar irrestritamente o direito fundamental

à presunção de inocência, seja como *dever de tratamento*, seja como *regra de julgamento*.

Nesta toada, cabe à Suprema Corte a palavra última acerca correição da legislação com a Constituição, bem como a interpretação final desta, sempre com o dever de empreender esforços máximos para que a Carta Magna seja elevada à máxima efetividade.

Ainda que fatores externos ou metajurídicos possam sobrevir, a Suprema Corte deve obediência estritamente à Constituição, pelo que qualquer exegese que mitigue ou aniquile direitos fundamentais não condiz com seu papel, qual seja o de fazer prevalecer a dignidade da pessoa humana a partir de direitos e princípios que a protejam contra todo e qualquer tipo de intempérie.

Neste sentido, no que se refere ao objetivo de pesquisa proposto e após oscilações de entendimento, o Supremo Tribunal Federal definiu que a interpretação que mais condiz com o princípio da presunção de inocência previsto na Constituição de 1988, e também nos tratados e convenções a que o Brasil adere, é aquela que não autoriza a aplicação antecipada de pena, o que somente pode ocorrer após o esgotamento de todas as possibilidades de recurso da decisão, isto é, após transitar em julgado a decisão penal condenatória.

Esta decisão é consentânea com o entendimento de há muito adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo também a que mais se compatibiliza com a essência do direito fundamental à presunção de inocência. Ademais, interpretação diversa leva à extinção, ao aniquilamento do citado princípio, que não pode sobreviver ao sabor de políticas e anseios de momento, senão que deve servir sempre de sustentáculo ao Estado Democrático de Direito, sob pena de retorno à barbárie.

Portanto, no Brasil não é possível a antecipação do cumprimento de pena privativa de liberdade enquanto ainda não transitada em julgado a decisão que a impôs.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALEXY, Robert. ¿Como proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y Racionalidad. In: ALEXY, Robert. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª edição. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Augusto Jobim do, CALEFFI, Paulo Saint Pastous. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, Maria João, D'Ávila, Fabio Roberto, SANTOS, Cláudia, GIACOMOLLI, Nereu. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 105 -140.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito – Teorias da Argumentação Jurídica*. 3ª edição São Paulo: Editora Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: IBDC, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª edição. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2015.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. *Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Brasília(DF), 1992

[consult. 17 nov 2019]. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Processo Eletrônico 4000886-80.2016.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Processo Eletrônico 4000918-85.2016.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Processo Eletrônico 0069352-29.2018.1.00.0000. Relator Ministro Marco Aurélio. [consult. 24 nov 2019]. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43*, Tribunal Pleno. Requerente: Partido Ecológico Nacional e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília(DF), julgamento em 5 de outubro de 2016 [consult. 24 nov 2019]. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Coordenadoria de Análise de Jurisprudência*. [consult. 23 nov 2019]. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. El principio de proporcionalidad, la dignidade humana y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un análisis desde la perspectiva de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Argumentación, derechos humanos y justicia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2017, pp. 215 - 243.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 1992.

CAROLLA, Paolo G. Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. *American Journal of International Law*, 2003, **97**, 38 [consult. 20 nov 2019]. Disponível em: <https://goo.gl/PXenKY>.

CARRARA, Francesco. *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Dettato dal Professore Francesco Carrara. Lucca: Tip. Canovetti, 1863.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação do Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Tirant lo blanch, 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. San José (Costa Rica), 1969 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem Bogotá*, 1948. [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm).

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. 1950 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Grubic vs. Croácia*. Pedido n° 5384/11. Julgamento 30.10.2012; Corte EDH. *Caso Solmaz vs. Turquia*. Pedido n° 27561/02. Julgamento 16.01.2007; e Corte EDH. *Caso B. Vs. Áustria*. Caso n° 8/1989/168/224. Julgamento 23.02.1990.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Konstas vs. Grécia*. Pedido n° 53466/07. Julgamento 24.05. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Wemhoff vs. Alemanha*. Pedido 2122/64. Julgamento 27.06.1968, parágrafo 9.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acosta e Outros vs. Nicarágua*. Sentença 25.03.2017. Série C, n° 334, parágrafo 190.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Zegarra Marín vs. Peru*. Sentença 15.02.2017. Série C, n° 331, parágrafo 140.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2009, 80, 7-34.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789* [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 [consult. 17 nov 2019]. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>.

DEL NEGRI, André. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Jueces y política. Derechos y libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, ano IV, n. 7, jan. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13ª edição São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREYRA, Raul Gustavo. *Fundamentos constitucionales*. 2ª edição Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, pp. 441 - 449.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013.

GONÇALVES, Gina. A presunção de inocência no Brasil: uma análise sobre a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ANTUNES, Maria João, D'Ávila, Fabio Roberto, SANTOS, Cláudia, GIACOMOLLI, Nereu. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto alegre: Boutique Jurídica, 2018, pp. 509 - 532.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional/Celso Bastos Editor, 1999, p. 73.

GUIMARÃES, Ana Paula. Princípio da Presunção de Inocência: algumas reflexões. In: Cunha Joaquim Moreira da Silva. *Estudos em Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*. Porto: Diglivro, 1999, pp. 381-400.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JÚDICE, Mônica Pimenta. *Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras*. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Março 2007. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829 Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert\\_alexey\\_teorias\\_principios\\_regras?pagina=2](https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras?pagina=2).

KARAM, Maria Lucia. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Outubro 2019. [consult. 24 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/maria-lucia-karam-julgamento-adcs-43-44-54-stf>.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2003.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury. *Fim da presunção de inocência pelo STF é o nosso 7 a 1 jurídico*. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Outubro 2019. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição – As Constituições do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 11.

MENDES, Gilmar F., BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Entenda o caso. [consult. 25 nov. 2019]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>.

MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del Derecho penal. In: MIR PUIG, Santiago. *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Florida: Valletta Ediciones, 2017, pp. 67 - 105.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 (reimpressão).

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUNES JUNIOR, Flavio Martins. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2018.

PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Tradução de Maria E. G. G. Pereira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia, FACHIN, Melina Girardi, MAZZUOLI, Valerio de Oliveria. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Geraldo. *O trânsito em julgado da decisão penal condenatória*. *Boletim do IBCCrim*, n. 277, dezembro de 2015. [consult. 06 dez. 2020]. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria)

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho procesual penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo W. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MENDES, Gilmar F., SARLET, Ingo W., STRECK, Lenio L., coord. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 173-236.

SCAFF, Fernando Facury. Primeiro dever fundamental do Supremo Tribunal Federal é dizer não. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Fevereiro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-23/contas-vista-primeiro-dever-fundamental-supremo-dizer-nao>.

SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *A verdadeira autoridade do Supremo Tribunal diante de crises*. [consult. 28 nov 2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-03/lenio-streck-verdadeira-autoridade-supremo-tribunal-diante-crises>.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção de inocência? *Revista Consultor Jurídico* [online]. Setembro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 2. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

VASCONCELLOS, Marcos, LUCHETE, Felipe, GRILLO, Brenno. Para advogados, STF curvou-se à opinião pública ao antecipar cumprimento de pena. *Revista Consultor Jurídico* [online]. Fevereiro 2016. [consult. 21 nov 2019]. ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/advogados-stf-curvou-opiniao-publica-antecipar-pena>.

VILA, Maria Iglesias. Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2017, **15**(2), 393 [consult. 20 nov 2019]. Disponível em: <https://goo.gl/Ybahya>.

ZAFFARONI, Eugenio, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

## JURISPRUDÊNCIA

### Supremo Tribunal Federal no Brasil

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 43
- ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44
- ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 54
- HC – *Habeas Corpus* n.º 84.078/MG
- HC – *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP
- HC 82.490, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj de 29-11-2002.
- HC n.º 72.366/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13-9-1995, Dj de 26-11-1999.
- HC n.º 69.263, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Velloso, Dj de 9-10-1992.
- Rcl. 2.391, Rel. Min. Marco Aurélio, considerada prejudicada em sessão plenária de 10-3-2005, por perda superveniente de objeto.
- HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Dj 5-2-2009.
- HC n.º 83.868, Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie, Dj 5-3-2009.



R. Dr. António Bernardino de Almeida,  
541/619, 4200-072 Porto

T +351 22 557 20 00  
M +351 96 977 39 67  
[upt@upt.pt](mailto:upt@upt.pt)

GPS  
41° 10' 49.16" N  
8° 36' 18.17" W

[www.upt.pt](http://www.upt.pt)