

# RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HC N. 12.6292 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## *RELATIVIZATION THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE IN HC N. 12.6292 BY THE SUPREME COURT*

Fabiano Pereira dos Santos<sup>1</sup>  
Gustavo de Souza Preussler<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo discutir a relativização do princípio da presunção de inocência feita pela Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus n. 126292 em fevereiro do ano de 2016. O Princípio da presunção de inocência, previsto expressamente no texto constitucional no artigo 5º, inciso LVII, foi relativizado possibilitando a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença. O Supremo, em votação inédita, mudou o entendimento que vinha sendo aplicado desde 2009. O Brasil diante dos escândalos de corrupção deflagrados com a “Operação Lava Jato” e outros como o “mensalão” deixou a sociedade fragilizada e suscetível às influências da mídia, diante disso vem causando pressão sobre as decisões da Suprema Corte Brasileira, comprometendo o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais. A presunção de inocência ou de não culpabilidade no entendimento do Ministro e constitucionalista Luiz Roberto Barroso, é um princípio e não uma regra, como princípio pode ser ponderado com os demais interesses e objetivos em questão. Para quebrar este paradigma adotado pelo Supremo Tribunal Federal e mais precisamente sobre o voto do Ministro Barroso, este artigo propõe-se a interpretar a questão problemática da Regra e do Princípio pela ótica de Robert Alexy em Teoria dos Direitos Fundamentais. Construindo um conceito da presunção de inocência por meio da evolução histórica do instituto até a atualidade.

**Palavras-Chave:** Presunção de Inocência, Princípio e Regra.

**ABSTRACT:** This article aims to elaborate on the relativistic principle of presumption of innocence made by the Supreme Court to dismiss the habeas corpus n. 126292 in February 2016. The principle of presumption of innocence, expressly provided for in the Constitution in Article 5, paragraph LVII, was relativized enabling the provisional execution of the sentence before the final and unappealable decision of the sentence. The Supreme in unprecedented vote changed the understanding that had been applied since 2009. Brazil before triggered corruption scandals with "Operation Lava Jet" and others as "monthly allowance" left weakened and susceptible to media influences society before that is causing pressure on the decisions of the Brazilian Supreme Court, undermining the democratic rule of law and fundamental guarantees. The presumption of innocence or guilt in not understanding the Minister and constitutionalist Luiz Roberto Barroso is a principle and not a rule, the principle can be balanced with other interests and objectives in question. To break this paradigm adopted by the Supreme Court and more precisely on the vote of Minister Barroso, this article proposes to interpret the problematic issue of the rule and principle from the perspective of Robert Alexy in Theory of Fundamental Rights. Building a concept of presumption of innocence through the historical development of the institute to the present.

**Key-words:** Presumption of Innocence Principle and rule.

---

<sup>1</sup> Graduado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário da Grande Dourados (Unigran), Advogado, Pós-Graduando em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) Pós-Graduando em Direito Penal Econômico Aplicado pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE) e Universidade de Caxias do Sul (UCS).

<sup>2</sup> Doutor em Direito Pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Possui 4 (quatro) livros publicados na área penal e 1 aceito para publicação, mas de 20 artigos em revistas e jornais publicados em direito penal. Participou mais de 20 eventos no Brasil. Atua na área do Direito, com ênfase em Direito Penal, Processual Penal e Direito Constitucional. Atualmente é Professor Adjunto I da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD).

## INTRODUÇÃO

O Ministro Luiz Roberto Barroso em seu voto ao julgamento do HC n. 126292, no Supremo Tribunal Federal disse “não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio e não uma regra” (BARROSO 2016).

Para Alexy (2008) a distinção entre regras e princípios não é uma mera diferença entre ambos, mas, sim uma estrutura teórico normativa dos direitos fundamentais, é o ponto de partida para se saber se há possibilidade de limitar direitos fundamentais. Percebe-se que a diferença entre regra e princípio vai muito além daquela citada pelo Ministro Barroso em seu voto, para relativizar o instituto constitucional da presunção de inocência.

Para que se possa ter maior clareza quanto a diferença entre regras e princípios é necessário observar os casos de colisão entre princípios e de conflitos entre regras, que para Alexy (2008, p.92):

O conflito entre regras só pode ser solucionado se se introduzir, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras for declarada inválida. Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-se contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Para solucionar um conflito entre regra é necessário existir uma cláusula de exceção. Que deve ser aplicada sempre que houver um conflito entre duas regras distintas. Assim, uma das regras deve ser declarada inválida, quando se esta diante de uma cláusula de exceção. Esse problema pode ser solucionado *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Mas, pode ser solucionado o conflito de acordo com a importância de cada regra. Por exemplo, Lei Federal prevalece sobre a Lei Estadual. Se uma Lei Federal diz que o comércio pode abrir as lojas entre as 7h e 19h dos dias úteis e uma Lei Estadual diz que na quarta-feira o comércio só pode abrir as lojas até as 13h, ocorre um conflito de regras. Mas, tal conflito é resolvido pela cláusula prevista na Constituição Alemã artigo 31, que diz que o direito federal prevalece sobre o direito estadual. As duas regras não podem valer ao mesmo tempo, pois, se valessem haveria uma regra permitindo a abertura das lojas e outra proibindo, nas quartas feiras. Nesse sentido, o dispositivo constitucional prevê a solução para o conflito.

A colisão entre princípio, segundo Alexy, deve ser resolvida de maneira diferente. Por exemplo, se dois princípios colidirem entre si, para um algo não é permitido e de acordo com

outro princípio é permitido, no caso um dos princípios terá que ceder. Mas, isso não significa que o princípio que cedeu deve ser declarado inválido, nem que será introduzida uma cláusula de exceção. Mas, que um princípio teve prioridade sobre o outro naquela situação ou condição.

Portanto, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes é que os princípios com o maior peso têm procedência. Enquanto o conflito entre as regras é resolvido na questão da validade, já na colisão entre princípios se resolve pela condição da dimensão.

O presente artigo tem como objetivo aborda o tema Relativização do Princípio da Presunção de Inocência no HC n. 12.692 do Supremo Tribunal Federal. Utilizando conceitos doutrinários e jurisprudencial sobre o tema de forma qualitativa e dedutiva, com base no voto do Ministro Luís Roberto Barroso a favor da execução provisória da pena, como também o voto do Ministro Celso de Melo da ADC 43 contrária a mudança de posicionamento, levando em conta ainda, a repercussão da Operação Lava Jato<sup>3</sup>, na mudança de posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## **1 LEI DE COLISÃO**

Para a solução de problemas entre a colisão entre princípios, Roberty Alexy menciona uma lei de colisão. Mencionando decisões do Tribunal Constitucional Alemão, notou-se que há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção também obriga o Estado (ALEXY 2008, p. 94,95.).

O autor ainda diz que tal relação não pode ser resolvida com base em uma procedência absoluta de um desses valores, alegando que nenhum deles deverá gozar de prioridade, por si só (ALEXY 2008 p. 9). E traz uma solução, através do sopesamento entre os interesses conflitantes (ALEXY 2008 p. 95).

Tal pensamento de Alexy, sobre sopesamento, de certa maneira foi utilizado pelo Ministro Barroso no voto do HC n. 12.6292, ao analisar a controvérsia o Ministro entendeu que “o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade, prisão do acusado

---

<sup>3</sup> O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou. A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

condenando em segundo grau antes do trânsito em julgado, é a superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da justiça, sobretudo diante da mínima possibilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas” (BARROSO 2016, HC n. 12.6292 p.15,16).

Mas, Roberty Alexy explica essa ideia de sopesamento dizendo que o “objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto”: “se esse sopesamento levar à conclusão, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses e que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado” (ALEXY, 2008, p. 160).

Percebe-se que no posicionamento de Alexy, quando fala sobre a Lei de Colisão e do sopesamento, está se referindo que para resolver a colisão entre princípios de mesmo nível, deve ser observado o caso concreto. Citando ainda o exemplo do caso de uma pessoa presa que tem seu direito fundamental violado pelo Estado, devendo prevalecer o direito fundamental do indivíduo com fundamento no princípio da proporcionalidade.

O Ministro Barroso em seu voto ainda cita a expressão “tudo ou nada”, mas tal expressão é utilizada por Doworkin, quando ele comenta sobre a aplicação das regras, e não de princípios de direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 104).

Doworkin ainda comenta que os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Alexy, contudo, diz que tal modelo é, muito simples. E que um modelo diferenciado é necessário (ALEXY, 2008 p. 104).

Os princípios como já mencionado anteriormente devem ser aplicados na maior medida possível, dentro do caso concreto e das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie* (ALEXY, 2008 p. 104). Alexy diz que os princípios devem ser aplicados de imediato e na maior medida possível.

Anteriormente falou-se que no conflito entre regra deve se colocar uma cláusula de exceção para se chegar a decisão de um determinado caso. Mas, uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Um princípio cede a outro, quando um determinado caso, é atribuído valor maior a outro princípio antagônico (ALEXY, 2008 p. 104).

O autor menciona que uma regra não é superada quando se atribui um valor maior ou menor, como no caso dos princípios. É necessário que se supere também aqueles princípios pelos quais as regras foram criadas pelo legislador, não devendo haver relativização sem

motivos a uma prática já estabelecida. E que tais princípios de origem das regras, devem ser chamados de princípios formais. E quando mais peso o ordenamento jurídico entrega ao princípio mais valor terá de imediato as regras que derivam do princípio.

Alexy (2008) menciona que apesar das regras não terem o mesmo caráter definitivo, não as impedem de ter o mesmo caráter *prima facie*. E que mesmo com um fortalecimento *prima facie* dos princípios não tem o mesmo caráter *prima facie* como as regras. Mas esclarece que o caráter primário dos princípios pode ser fortalecido em determinado caso, com ajuda da argumentação a favor de um princípio isoladamente ou de um conjunto de princípios.

## 2 PRINCÍPIO E VALOR

É importante tecer alguns comentários sobre valor, haja vista, que no voto do HC n. 12.692 STF o Ministro Barroso afirma que o princípio da presunção de inocência sede lugar para “efetividade e da credibilidade da justiça”. Tal assertiva não é princípio, mas um valor. Para Alexy (2008) existe diferença entre valor e princípio, como também pode ocorrer colisão entre princípios, quanto entre valores.

De acordo com Ávila (2013 p. 130) “uma questão fundamental da Teoria do Direito concerne à força normativa dos princípios. Ela diz respeito a saber se os princípios podem ser definidos como normas “carecedoras de ponderação”, no sentido restrito de normas que se submetem a um sopesamento diante do caso concreto, por meio do qual podem ser derrotadas por princípios colidentes.

Os princípios possuem força *prima facie*, seguindo a teoria desenvolvida por Robert Alexy (2008). Mas, Humberto Ávila (2013) diz que tal pensamento não é definitivo dos princípios, isto é, não é uma propriedade necessária presente em todos os tipos de princípios. O critério de distinção entre regras e princípios, baseado no conceito restrito de ponderação, conduz a outro critério, o “modo de colisão”: quando duas regras entram em colisão, ou se abre uma exceção que afasta o conflito, ou uma das duas regras deve ser declarada inválida, ao passo que quando dois princípios entram em conflito, ambos mantêm a sua validade, estabelecendo-se, porém, uma espécie de hierarquia móvel e concreta entre eles (ÁVILA, 2013).

A força normativa dos princípios pode ser melhor qualificada como eficácia *pro tanto*, no sentido de funcionar como um parâmetro de aplicação normativa que deve ser necessariamente considerado ou servir de contraponto permanente, como sustentou Kagan

(ÁVILA, 2013). O autor faz críticas à parte da doutrina brasileira, que ainda defende os argumentos da teoria dos princípios defendida por Alexy e Dworkin, haja vista, a evolução que a teoria dos princípios teve no passar dos anos, com grande aperfeiçoamento.

As considerações feitas por Humberto Ávila são de extrema importância, porque permitem entender que os princípios podem ser relativizados em razão de um princípio contrário. Tendo grande importância na atualidade, em que tudo parece ser digno de relativização, em especial no que diz respeito a direitos fundamentais.

Nesse aspecto, é preciso insistir num ponto de extrema importância: embora as regras e os princípios careçam de um sopesamento de razões para sua aplicação, eles não se submetem ao mesmo processo discursivo, argumentativo e justificativo para a sua aplicação. Isso privilegia o caráter descritivo da conduta, ou a definição de um âmbito de poder há, nesse contexto e nesse aspecto, a instituição de uma regra que não pode ser simplesmente desprezada pelo legislador, ainda que haja internamente alguma margem de indeterminação para a definição do seu sentido. Assim, se a Constituição estabelece a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos (ÁVILA, 2013).

A norma quer princípios, quer regras, estatuem prescrições gerais e, como tais, devem ser interpretadas, não podendo o aplicador relativizar esse aspecto *constritor* e *heterolimitador*. O simples fato de aplicação de qualquer norma, seja um princípio, seja uma regra, depender de conexões valorativas entremostradas no ordenamento jurídico e querer um processo discursivo e argumentativo de avaliação de razões e contrarrazões para determinação do seu conteúdo não quer dizer que o intérprete possa desprezar o modo como a Constituição escolheu normatizar a conduta humana, por meio da estatuição de uma regra ou de um princípio (ÁVILA, 2013).

Assim, quando estatui regras ou princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome da ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplicá-los apenas quando assim o desejasse (ÁVILA, 2013).

Os princípios, ao invés disso, instituem o *dever* de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas. O essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é *devido* (ÁVILA, 2013).

### 3 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SUA RELATIVIZAÇÃO

Lopes Júnior (2015) declara que a presunção de inocência foi renegada por Vicenzo Manzini, que acreditava, que não haveria motivo de aplicar tal princípio, devido a grande parte dos processados serem condenados no fim do processo. Tal pensamento adotado por Manzini, não esta muito distante do utilizado pelo Supremo ao relativizar o Princípio da Presunção de Inocência. O Código de Penal Italiano de 1930, intitulado Código de Rocco foi elaborado por Manzini, o qual foi forte influenciador do Código de Processo Penal brasileiro.

Em 1764, Cesar Becarria na obra “Dos Delitos e das Penas” já dizia: um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada (BECCARIA, 1998 p. 69).

De acordo com Lima (2013) o direito de não ser considerado culpado enquanto há dúvida da sua inocência, foi acolhido por inúmeros tratados e convenções. Na jurisprudência brasileira, ora se faz referencia ao princípio da presunção de inocência, ora ao princípio da presunção de não culpabilidade. Segundo Badaró (2003), não há diferenças entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, sendo inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas ideias, se é que isto é possível, devendo ser reconhecida e equivalência de tais fórmulas.

Segundo Ferrajoli (2006, p.506) “a culpa, e não a inocência deve ser demonstrada, e é a prova da culpa ao invés da de inocência, presumida desde o início-que forma o objeto do juízo”. De acordo com Ferrajoli a jurisdição é a atividade necessária para se obter a prova de condenação de um crime. E que o acusado deve ser considerado inocente até que se prove o contrário com uma sentença penal definitiva.

Ainda para Ferrajoli a presunção da inocência é:

[...] princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da imputabilidade de algum culpado. É verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias-que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” deste contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez, que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto é fora da lógica do Estado de Direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (FERRAJOLI, 2006, p. 506).

Diante do que diz o autor percebe-se que o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista em favor da tutela da imunidade dos inocentes. E que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, como também pelas penas arbitrárias, sendo a presunção de inocência não só uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança e de defesa social, contra o arbítrio punitivo do Estado.

O princípio da presunção de inocência passou por vários ataques no decorrer da evolução histórica, sendo a Escola Positiva Italiana, um grande expoente desses ataques, com Ferri, Garofalo e Manzini.

O reconhecimento expresso da presunção de inocência é preconizado no artigo 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que previa expressamente que todo homem deveria ser presumido inocente até que fosse declarado culpado e, se julgado indispensável prendê-lo, todo rigor desnecessário para detê-lo deveria severamente reprimido pela lei (MACHADO, 2016).

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, como já informado, sofreu grande influência do *Codice di Procedura Penale* Alfredo Rocco 1930. Registra-se que o Min. Francisco Campos, em sua Exposição de Motivos do Código de 1941, fez questão de citar o pensamento de Alfredo Rocco e seu trabalho de reforma do processo penal italiano. Observa Malan que, malgrado Francisco Campos nunca se declarou fascista, ou assumiu abertamente a influência do regime de Mussolini na ordenação do Estado Novo, é a sintomática essa referência a exposição dos motivos (MACHADO, 2016).

No Brasil, a presunção de inocência é prevista expressamente no texto constitucional no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo o princípio reitor do processo Penal ao magistério de Aury Lopes Jr, o qual dispõe: “tal é sua relevância que AMILTON B. de CARVALHO afirma que os princípios da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto para seguir o Eros, nesse momento histórico, da condição humana (LOPES JÚNIOR, 2015).

### **3.1 Relativização da Presunção de Inocência**

Como já mencionado anteriormente, no dia 17 de fevereiro de 2016 ocorreu a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em 2009 com o julgamento do HC n.84078, fixou o entendimento que era

inconstitucional a execução provisória da pena, por infringir a presunção de inocência artigo 5º, LVII da Constituição, conforme ementa do HC abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-

2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)  
(<http://www.stf.jus.br/> 2016).

O Supremo fixou esse entendimento em 2009 pondo fim a execução provisória da pena, quando pender de trânsito em julgado o processo, dizendo que só é possível a execução provisória quando presente os requisitos da prisão cautelar.

Mas no dia 17 de fevereiro de 2016 o Supremo Tribunal Federal reviu esse posicionamento e cometeu o engano histórico da Suprema Corte, ao dizer que é constitucional a execução provisória da pena, quando a sentença penal condenatória for confirmada por um tribunal de segunda instância, conforme resumo da decisão abaixo.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a conseqüente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016 (HC n. 126292).

A decisão do HC n. 126292 ao ser publicada, gerou controvérsia no meio jurídico, com discursos defensores e opositores à medida. O ministro Teori Zavascki, relator do HC 126.292 sustentou que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, autorizando o início da execução da pena. Segundo Zavascki, a presunção da inocência impera até a confirmação em segundo grau da sentença penal condenatória, sendo que, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, é o réu passa, então, a presumir-se culpado (GARCEZ, 2016).

A linha de raciocínio do ministro está ancorada no argumento de que os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa lato sensu já se encontra perfectibilizada. Nessa linha, Zavascki frisou em seu voto que, “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (GARCEZ, 2016, p.2).

Na esteira desses argumentos, fixou-se um novo parâmetro a partir do qual o réu deixa de ter reconhecida a sua presunção de inocência, qual seja, a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, razão pela qual alguns doutrinadores referem que a decisão do Supremo Tribunal Federal “relativizou” o princípio da presunção da inocência.

A decisão do Supremo causou uma grande discussão no meio jurídico e na Doutrina especializada, haja vista, que o Supremo Tribunal Federal relativizou a presunção de

inocência disposta expressamente no texto constitucional, infligindo não só o próprio texto constitucional como também os tratados de direito internacional assinados pelo Brasil.

Diante disso pode-se dizer que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por maioria, contrariando o entendimento dos Ministros mais antigos da corte, pôs fim a um entendimento que vinha sendo aplicado desde 2009, sobre a possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, contrariando um princípio de direito fundamental expresso no texto constitucional. A Suprema Corte brasileira cometeu um retrocesso histórico, ignorando o texto constitucional e os tratados de direitos internacionais que o país subscreveu (BITENCOURT; BITTENCOURT, 2016).

O Brasil votou na Assembleia Geral da ONU de 1948, aprovando a Declaração dos Direitos Humanos, na qual está insculpido o princípio da presunção de inocência, embora somente com a Constituição Federal de 1988 o Brasil incorporou expressamente a presunção de inocência como princípio basilar ao seu ordenamento jurídico. Contudo, com a aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº27 de 1992, e com a Carta de Adesão do Governo Brasileiro, anuiu-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu em seu art. 8º, I, o Princípio da Presunção de Inocência, ao afirmar que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”

A presunção de Inocência é no Brasil um dos princípios basilares do Direito, responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos, sendo previsto, repetindo, pelo art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, que destaca: “Ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tendo em vista que a Constituição Federal é nossa lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto, deverá absorver e obedecer tal princípio. Ou seja, o texto constitucional brasileiro foi eloquentemente incisivo: exige como marco da presunção de inocência o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, indo além, portanto, da maior parte da legislação internacional similar.

A mudança de interpretação da norma Constitucional implicará na mudança de todas as outras atreladas a ela, pois, até então, só se admitia a prisão penal com o trânsito em julgado nas instâncias superiores. Assim, há que se questionar dois aspectos sobre esta mudança de interpretação: o primeiro quanto à possibilidade de ela ser feita numa cláusula pétreia de texto expresso, e o segundo quanto ao entendimento do que seria o “trânsito em julgado” (SALGADO; SANTOS, 2016, p. 845).

Em 5 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão tomada em fevereiro ao julgar a medida cautelar da ADC n. 43, por 7x4, a Suprema Corte, manteve o

posicionamento da possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado do processo. O Ministro Barroso, em seu novo voto, manteve os mesmos fundamentos já mencionados no julgamento de fevereiro, dizendo que o princípio da presunção de inocência sede lugar para efetividade e credibilidade do judiciário, dizendo ainda que o princípio vai perdendo força conforme o transcorrer do processo.

Princípio são mandamentos de otimização que devem ser usados na maior extensão e abrangência possível, ainda mais se tratando de princípio de direito fundamental, como é o caso da presunção de inocência. O Ministro Barroso declara que princípio não é regra, por isso tem que ser limitado, por meio da ponderação e proporcionalidade. Lógico que não há nenhum princípio de direito fundamental absoluto, mas, deve se considerar que os princípios dão origem a regra e os princípios devem ser aplicados *prima facie*.

O princípio da presunção de inocência está entre as principais garantias constitucionais do cidadão brasileiro, ao estabelecer que todo e qualquer acusado deve ser considerado inocente até a decisão final, contra a qual não caiba mais recurso, independente da acusação que lhe seja imputada. Ou seja, ninguém pode ser considerado culpado antes da sentença final, que advirá após lhe ser garantida a ampla defesa e o contraditório, dentro do devido processo legal. O Art. 5, inciso LVII da CF, é muito claro: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (D’URSO, 2007, p.120).

No voto do julgamento da medida cautelar da ADC n. 43 o Ministro Celso de Melo dispõe:

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático (MELO, 2016, STF ADC n. 43).

Melo (2016) explica que a presunção de inocência, como preconiza a constituição só perde a sua validade quando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não devendo ser invocado, posicionamentos de países que não tem nos textos constitucionais a vedação expressa como a prevista na Constituição Brasileira de 1988.

E finaliza o voto dizendo:

São essas as razões, Senhora Presidente, que me levam a concluir, presente o que se contém na Constituição da República e na legislação processual penal do Estado brasileiro, que o reconhecimento da tese da “execução provisória” de uma condenação criminal (antes, portanto, do seu trânsito em julgado) significa admitir-se, com toda a vênua, uma aberração jurídica, porque totalmente inconstitucional e ilegal. Na realidade, somente sociedades autocráticas que não reconhecem direitos básicos aos seus cidadãos repudiam e desprezam o direito fundamental de qualquer

indivíduo de sempre ser considerado inocente até que ocorra o definitivo trânsito em julgado de sua condenação penal, independentemente do caráter (hediondo ou não) do crime pelo qual está sendo investigado ou processado (MELO, 2016, ADC 43)

Constata-se que a finalização do voto do Ministro é que a execução provisória de uma condenação criminal significa admitir uma aberração jurídica, porquanto inconstitucional e ilegal. E, que na realidade somente em sociedades autocráticas que não são reconhecidos direitos fundamentais básicos dos cidadãos que possibilitar a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é permitida. É clara a crítica do Decano do Supremo Tribunal Federal a posição adotada pela corte constitucional brasileira.

O IBCCRIM em 27 de abril de 2016, encaminhou carta escrita à comissão de Direito Interamericana de Direitos Humanos, manifestando preocupação com o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal que relativizou o princípio da presunção de inocência.

Os posicionamentos adotados pelos Ministros permitiram interpretar que a decisão surge para atender às eventuais pressões políticas e populares às quais a Corte possa estar se submetendo, e, não para se adequar a entender ao estabelecido pela Constituição brasileira, jurisprudência anterior da Suprema Corte, normativos e às jurisprudências internacionais de direitos humanos (MACHADO, 2016).

Cabe salientar, também, o descaso da Corte com os impactos que essa violação do devido processo legal pode resultar no sistema penitenciário nacional. Em um país que já padece da doença do encarceramento em massa, decisão como essa aumentará ainda mais a população carcerária brasileira, que hoje chega a quase 600.000 (seiscentas mil) pessoas (MACHADO, 2016). A decisão adotada pela Suprema Corte, claramente contraria os princípios de Direito Fundamentais, pois, o Supremo assumiu um papel populista e midiático, repercutindo em todo judiciário brasileiro.

“Os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplica-los apenas quando assim o desejasse” (ÁVILA, 2013, p.141). Os princípios não podem ser relativizados ao ponto de contrariar o sentido da norma existentes neles, o fim pretendido pelo legislador ao criar o princípio. E quando se fala que todos são considerados inocentes antes do transito em julgado, o legislador Constitucional declarou expressamente que até o transito em julgado a pessoa deve ser considerada inocente.

## CONCLUSÃO

Ao finalizar o presente estudo conclui-se que regra não é princípio e princípio não é regra. Mas, os princípios de Direito Fundamentais devem ser otimizados na maior extensão possível, haja vista, a sua característica de aplicação *prima facie*.

Constatou-se durante o estudo que valor e princípios podem ser muito próximos, mas o princípio sempre deverá prevalecer sobre o valor. E que o Princípio da Presunção de inocência, foi atacado, bombardeado, por aqueles que não o reconheciam como uma garantia fundamental do cidadão, uma garantia até social como mencionou Ferrajoli.

Pois, se o Código de Processo Penal Brasileiro tem clara influência do Código de Processo Penal de ROCCO na Itália, que não traduz e nem dá efetividade o que dispõe o texto constitucional, no que diz respeito as garantias individuais. Então, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 12.692 e recente na cautelar da ADC 43, é uma verdadeira aberração jurídica, como bem esclareceu o Ministro Celso de Melo em seu voto na ADC.

Tempos obscuros pairam sobre a Suprema Corte brasileira, fruto de um populismo penal exacerbado que migraram para os Ministros, pois, passaram a adotar posicionamentos, populistas e midiáticos, com medo da repercussão social negativa que suas decisões possam causar na sociedade. Tudo, em decorrência da “Operação Lava Jato”, que tramita na Justiça Federal de Curitiba.

Assim, conclui-se que o retrocesso processual penal é evidente, parece que se está diante da época em que foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941, sem a vigência do texto constitucional de 1988. A Interpretação dada ao texto constitucional e a lei infraconstitucional causará um grande impacto negativo a proteção dos direitos individuais dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesei de. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Luciana Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. **Em dia de terror, supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC**. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>  
Acesso em: 22 abr. 2016.

BARROSO, HC n. 12.6292, 2016.

D`URSO, Flávio Borges. **Em defesa da presunção de inocência**. OAB/SP 2007. Publicado no Jornal “O Estado de S. Paulo”, de 01/06/07 disponível < <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2007/artigo-em-defesa-da-presuncao-de-inocencia>>.

Disponível

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088877&base=baseAcordaos>> Acesso em: 21 abr. 2016.

GARCEZ, William. **A presunção de inocência na visão do STF**: O julgamento do HC 126.292. Disponível<<http://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/308531136/a-presuncao-de-inocencia-na-visao-do-stf-o-julgamento-do-hc-126292>> Acesso 22 abr. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos**: princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso, *in* <http://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>, acessado em 22 de abr. 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Presunção de inocência**: do iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro. Ano 24 n. 279. Boletim IBCCRIM 2016.

MELO, Celso. **ADC 43 STF. PRESUNÇÃO** de Inocência: Excertos da Carta escrita pelo IBCCRIM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ano 24 n. 282. Boletim IBCCRIM 2016.

SALGADO, Solyany Soares; SANTOS, Nathália Mirelle da Silva. Considerações acerca da decisão do supremo tribunal federal sobre a relativização da presunção de inocência. **ENPEJUD**, p. 844-860. Disponível em <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/81/78>> Acesso em 22.ar. 2016.