

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: núcleo essencial convencional

Marcéli da Silva Serafim Preis*

Sumário: Considerações iniciais. 1. Presunção de inocência: previsão em diplomas internacionais. 2. A presunção de inocência na Constituição do Brasil. 3. Compatibilidade com os documentos internacionais de direitos humanos. 3.1. Breve excursão sociológico. 3.2. Análise jurídica da prisão-pena. Considerações finais. Referências.

Considerações iniciais

O plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17-2-2016, ao denegar a ordem no HC 126.292, por maioria de votos, consolidou entendimento de que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende a garantia constitucional da presunção de não culpabilidade ou de inocência, aqui entendidas como expressões equivalentes.

Travou-se naquela oportunidade acirrado debate acerca dos significados da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma análise do direito comparado, ocasião em que o plenário do STF autorizou o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau de Jurisdição, uma vez que não é possível na via extraordinária o revolvimento de fatos e provas, ocorrendo preclusão da matéria.

* Promotora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O presente artigo não tem a intenção de refutar tal decisão ou infligir a ela críticas quanto à tese sustentada, mas de apor-lhe outros fundamentos, sobretudo jurídicos, para autorizar a possibilidade em nosso sistema jurídico punitivo da execução definitiva após a condenação, em primeiro grau, inclusive, depois de comprovada legalmente a culpa da pessoa submetida a processo criminal, como forma de equilibrar a garantia individual com a proteção à sociedade, à luz do ordenamento jurídico internacional.

1 Presunção de inocência: previsão em diplomas internacionais

A garantia fundamental da presunção de inocência consta da quase totalidade das constituições democráticas contemporâneas e de diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos, de modo a se elevar à condição de norma jusfundamental compartilhada pelo ordenamento jurídico internacional, dentre os quais se destacam os textos mais representativos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, seguida de um desejo de acabar com as práticas absolutistas do Antigo Regime, acolheu no seu seio, juntamente com outros princípios do processo penal, a presunção de inocência: *“Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi”*.

Na França, a Constituição de 1958 adotou como catálogo de direitos fundamentais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Constituição italiana de 1948 prevê que *“l’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva”*, à semelhança do nosso texto constitucional de 1988.

Também a Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976, estabeleceu no nº 2 do art. 32 a presunção de inocência, elevada à categoria de direito fundamental, sob a fórmula “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo razoável compatível com as garantias de defesa”.

No atual ordenamento constitucional espanhol, a presunção de inocência é igualmente expressa no art. 24, 2, entre as garantias mínimas do processo penal: *“todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”*.

No caso da Espanha, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

Não é só: a essa evidente constitucionalização da presunção de inocência, soma-se a sua inclusão nos documentos internacionais de direitos humanos, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, art. 8º, 2), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, art. 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, art. 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairobi, 1981, art. 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, “e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê, no artigo 6º, 2, que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

No nosso continente, sob o sistema regional de proteção, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê no art. 8º, 2, primeira parte que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Do disposto no referido dispositivo deriva a obrigação estatal de não restringir a liberdade de alguém além dos limites necessários para assegurar o desenvolvimento eficiente das investigações, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, e não punitiva.

A presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que haja uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade.

Antes da definição da culpa, qualquer prisão só pode ser a título cautelar, processual, instrumental, como a medida mais severa que se pode aplicar ao acusado de um delito, motivo por que sua aplicação deve ter um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pela garantia da presunção de inocência, assim como pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

A prisão preventiva em situações que não a justifiquem equivale à indevida antecipação de pena. Vigora quanto a ela o princípio da excepcionalidade na sua plenitude: a prisão preventiva só deverá ser aplicada quando se revele absolutamente necessária, pois a regra, no direito processual penal, é a liberdade do acusado.

A esse respeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos autoriza a restrição da liberdade de uma pessoa como medida cautelar processual, mediante um ato formal de prisão motivado por uma infração penal que mereça pena de prisão, de acordo com o disposto no seu art. 7º, 2, que dispõe que ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Não há de se confundir a prisão cautelar instrumental com a prisão punitiva ou prisão-pena, objeto da presente pesquisa, com delimitação do momento em que se inverte a presunção do estado de inocente da pessoa para o estado de culpada e, desse momento em diante, seu encarceramento adquire o *status* de pena. Nesse ponto, a interpretação do dispositivo comporta cisão quanto a seus efeitos, pois admite graduação na esfera processual (como princípio), mas não na prisão-pena (como regra).

Inegável que a presunção de inocência independe da constitucionalização formal para adquirir relevante valor, integrando o sistema jurídico interno em virtude da recepção de textos internacionais que a consagram. Contudo, quis o legislador constitucional brasileiro elevar a presunção de inocência à categoria de garantia fundamental, consagrando a fórmula no art. 5º, inciso LVII.

Por essas dificuldades interpretativas e incompatibilidades com o ordenamento jurídico internacional, quanto ao momento processual dessa inversão material, imprescindível adentrar na especificidade do tema no direito positivo brasileiro.

2 A presunção de inocência na Constituição do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, positiva no inciso LVII do art. 5º, à semelhança da fórmula italiana, a presunção de inocência ou de não culpabilidade, ao prever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A presunção de inocência ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional no período de vigência da Constituição de 1946, com a adesão do País à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. 11.1 dispõe que “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”.

A Constituição de 1988, ao contrário das anteriores, estatuiu, como princípio fundamental do processo penal, dentro do capítulo dos direitos e garantias

individuais, a presunção de inocência, cuidando-se de redação abrangente, na medida em que não se refere somente ao acusado em processo penal, mas a qualquer pessoa sob investigação.

As declarações de direitos, em sua maioria, contemplam que a inocência é presumida até o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Todas escolhem, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada.

Mas que momento é esse?

Na Constituição do Brasil, o momento está expressamente delimitado, seja dizer, o trânsito em julgado da sentença condenatória, não havendo margem para interpretação diversa.

Até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o acusado tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado, cuidando-se de verdadeiro princípio, na medida em que o seu conteúdo prescritivo encaixa-se nas acepções referidas pela doutrina, em especial diante da amplitude dos seus destinatários e por comportar tarefa de interpretação em face dos termos particularmente vagos que guarda, para Gomes Filho (2006, p. 320).

Nesse ponto reside discordância, em especial diante da lição de Alexy (2017, p. 86), uma vez que há diversos critérios para se distinguir regras de princípios, tratando-se de distinção entre duas espécies do gênero normas jurídicas. Segundo o critério da generalidade, utilizado com mais frequência, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo.

Princípios são normas que constituem mandamentos de otimização, permitindo o sopesamento de valores e interesses, ao passo que regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, segundo uma lógica de tudo ou nada (*all or nothing*). “Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2017, p. 91). Ou seja, em outras palavras, regras garantem direitos (ou impõem deveres) definitivos (SILVA, 2017, p. 45).

A presunção de inocência ou de não culpabilidade encerra em si uma garantia fundamental, que não carece da mediação do legislador ordinário para sua aplicação, possuindo um duplo significado, seja enquanto regra de tratamento a dispensar ao acusado ao longo do processo, seja enquanto regra de juízo.

Quanto ao primeiro sentido, curial destacar que ao acusado, ao longo do processo, serão assegurados os meios de defesa, não podendo ser infligida a ele nenhuma medida de coação definitiva, mas tão somente de natureza cautelar, como se afigura a prisão preventiva. Encontra-se proibida qualquer forma de equiparação do acusado ao culpado.

Já no respeitante ao segundo sentido abarcado pela presunção de inocência, encontra-se a acusação obrigada a carrear para o processo a prova da plena culpabilidade do acusado e, em situação de dúvida, o resultado que se impõe é a absolvição sem que sobrevenha qualquer consequência negativa (VILELA, 2005, p. 59).

A presunção de inocência significa que o acusado não deve demonstrar que não cometeu o delito atribuído a ele, uma vez que o *onus probandi* corresponde a quem acusa. Assim, a demonstração cabal da culpabilidade constitui um requisito indispensável para a sanção penal, de modo que a carga probatória recai sobre a parte acusadora e não sobre o acusado.

A presunção de inocência, da forma como estabelecida na Constituição brasileira de 1988, pode ser cindida em regra e princípio, conforme a natureza e o momento de sua aplicação.

Ao longo do processo penal, a presunção de inocência encerra princípio, admitindo, por conseguinte, graduação, como mandamento de otimização, comportando incidência em diferentes graus de intensidade. Desse modo, não há dúvida de que o princípio da não culpabilidade vai adquirindo peso menor à medida que a persecução penal se desenvolve, em especial após a prolação da sentença condenatória recorrível.

A variação, no caso, segue o avanço da persecução criminal. Trata-se de presunção relativa, *iuris tantum*, que admite prova em contrário. Assim, o princípio se aplica com máxima intensidade a todos os cidadãos, indistintamente, em sociedade, mas perde força com o início da persecução criminal, quando um indivíduo determinado passa a ser suspeito do cometimento de um crime.

Avançando, com o indiciamento pelo Delegado de Polícia, oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e recebimento da denúncia pelo Juiz o grau de incidência do princípio vai sofrendo sucessivas mitigações, à medida que o Estado aumenta o grau de certeza acerca da autoria do crime e são produzidas provas concretas contra a presunção *ope legis*.

Alfim, quando o Estado-Juiz conclui, com uma sentença penal condenatória, que o indivíduo é culpado pela prática de um determinado crime, a presunção de inocência deixa de existir. O acusado passa a ser declaradamente culpado, estado que se mantém nas esferas recursais, sendo-lhe garantido o direito ao duplo grau de Jurisdição para, quiçá, reverter tal *status*.

Não há princípio absoluto, mas coexistência e sopesamento entre si, com preponderância no caso concreto, em cotejo com outros princípios fundamentais. No caso, a presunção de inocência do acusado coexiste com a segurança jurídica, a duração razoável do processo, a segurança pública de todos os cidadãos e, de modo geral, o interesse público primário na persecução criminal.

Os polos se invertem. O interesse público à aplicação penal ganha peso, afinal, o Estado-Juiz já declarou o acusado culpado.

Portanto, durante o processo, com arrimo na ponderação da presunção de inocência, o que se permite é a privação cautelar da liberdade individual, qualquer que seja a modalidade autorizada (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva) e não a execução antecipada da pena, vedada pelo ordenamento jurídico constitucional e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

A prisão punitiva, decorrente de condenação, tem por título somente sentença condenatória com força de caso julgado. Não há espaço para ponderação. Eis uma regra. Quando se investiga o momento processual exato da inversão da presunção de inocência, não há espaço para graduação, para maior ou menor incidência. Quando o inocente se torna culpado se trata da regra do tudo ou nada.

3 Compatibilidade com os documentos internacionais de direitos humanos

Analisadas as redações conflitantes quanto à consagração da presunção de inocência no ordenamento jurídico internacional e a especificidade brasileira, deve-se adentrar às formas de sua compatibilização, de interpretação sistêmica, observadas razões de ordem sociológica e jurídica.

3.1 Breve excursus sociológico

Como visto, a Constituição brasileira de 1988 conferiu mais proteção individual à presunção de inocência, ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, em detrimento do interesse coletivo à repressão penal.

A análise dos diplomas internacionais leva à conclusão de que é mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência, fenômeno que tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou executória diante do manejo de infundáveis recursos processuais com o fim de postergar o trânsito em julgado do título executório e, por consequência, impedir o início do cumprimento da pena eventualmente aplicada na sentença.

Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 1º de janeiro de 2009 até 19 de abril de 2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Os casos de absolvição são raríssimos.

Como se vê da análise dos números acima, retirados do voto do ministro Roberto Barroso no HC 126.292, o início do cumprimento da pena impõe-se como exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário, após a formação da culpa em primeiro grau de Jurisdição, inclusive, uma vez que “no Brasil, há muito, o juiz de primeiro grau e os tribunais de justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é a interposição de recursos protelatórios” (voto Ministro Roberto Barroso no HC 126.292/SP).

Além disso, a impossibilidade de execução da pena após a condenação em primeiro grau reforçou a seletividade socioeconômica do sistema penal, uma vez que apenas os réus mais abastados (minororia) têm possibilidade de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos (RUSCHE e KIRSCHHEIMER, 2004).

São constatações que, de alguma forma, contribuem para o baixo índice de confiança da população no Poder Judiciário, que é de apenas 29%, segundo o Índice de Confiança na Justiça (ICJ), realizada pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Fundação Getúlio Vargas (FGV), relativo ao 1º semestre de 2016, percentual que se encontra bastante abaixo de outras instituições, como o Ministério Público (36%), a Imprensa escrita (37%), a Igreja Católica (57%) e as Forças Armadas (59%).

A partir dessa análise, é evidente que se tornou necessária a compatibilização do que dispõe a Constituição brasileira com as exigências do interesse da comunidade, de modo a garantir a efetividade da lei penal e das decisões judiciais, em prol dos bens jurídicos a que a lei visa resguardar, tais como a vida, a integridade física e psicológica, a propriedade, a paz social, todos com hierarquia constitucional, como um direito responsivo, em que as normas devem estar sujeitas a reavaliações também à luz da análise de suas consequências sociais (NONET e SELZNICK, 2010, p. 21).

A abordagem sociológica do direito se baseia em uma ação recíproca e circular que envolve culturas jurídicas internas (profissionais) e externas (cidadãos), normas sociais e jurídicas, requerimentos estabilizadores e inovadores, com interpretações flexíveis e orientadas a funções formalmente estabilizadoras e materialmente inovadoras (FEBBRAJO, 2016, p. 43-44).

Nesse sentido, Geiger (1969, p. 32-35) se concentra não apenas em normas válidas, mas em suas práticas reais. A partir das premissas do realismo jurídico, o direito escrito seria sociologicamente irrelevante se ineficaz ou incapaz de ser protegido por sanções institucionalizadas em caso de infração. Nenhuma instância pode ser considerada isoladamente como a fonte de validade das normas, mas todo o sistema de vida jurídica dinamicamente estruturado.

Apenas as normas destinadas a se tornarem “reais”, em virtude de um aparelho que reage à desobediência com sanções legais, pertencem a um conceito sociologicamente relevante de direito, pois as sanções são um critério empírico útil para definir as fronteiras e os conteúdos do direito. Do contrário, a falta de reações à violação torna as normas socialmente irrelevantes. As sanções são uma forma seletiva de passagem da constituição formal para uma constituição material, adequada às expectativas dos atores sociais e defendida por reações mais ou menos institucionalizadas a comportamentos (FEBBRAJO, 2016, p. 50-51).

Na perspectiva realista de Geiger (1969, p. 52-53), o objetivo é eliminar elementos irreais da análise do direito, incluindo a juridicamente suposta *ex ante* superioridade das constituições formais, ultrapassando os limites da capacidade da ordem jurídica para produzir certeza, mediante a introdução de um cálculo da obrigação estatística, uma avaliação da estabilidade de certas tendências jurisprudenciais para verificar *ex post* as normas escritas consideradas compatíveis com as relações sociais. Assim, garante-se a transformação das constituições formais ilusórias em constituições materiais concretas realmente defendidas por sanções institucionalizadas.

No caso, evidente que a perplexidade social, sobretudo a partir do ponto de vista da cultura jurídica externa, de considerar um condenado pela Justiça criminal brasileira como “inocente”, convivendo com os demais cidadãos em sociedade, solto, deve ser revisada, porém não exatamente nos moldes da referida decisão do STF, pois necessário aprofundar o sustentáculo jurídico para a alteração do momento processual exato da inversão inocente-culpado e início do cumprimento da prisão-pena.

3.2 Análise jurídica da prisão-pena

A presunção de inocência, ao integrar a categoria de direitos, liberdades e garantias, passou a beneficiar-se de regime especial, com aplicação direta de seus preceitos, sem mediação do legislador ordinário; autorização de restrição de direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos e a obediência ao princípio da proibição do excesso ou ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo da medida restritiva (VARALDA, 2007, p. 238).

Na lição de Piovesan (2014, p. 61), os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos, a partir da interpretação do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição:

- a) o dos direitos expressos na Constituição;
- b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, conforme art. 5º, § 2º, e
- c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

A respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo Brasil, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao avançar no enfrentamento do tema, conferiu aos tratados uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da supralegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira majoritária.

A nova posição prevalecente na jurisprudência do STF sustentou que os tratados internacionais de direitos humanos, que não forem aprovados pelo regime especial disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.

Já os tratados internacionais aprovados pelo Congresso de acordo com o rito especial do § 3º do art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria qualificada de três quintos dos votos) terão estatuto constitucional.

Observa-se, contudo, que há quatro correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos:

- a) a hierarquia supraconstitucional;
- b) a hierarquia constitucional;
- c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, consoante decisão do RE 466.343, em 2008, e
- d) a paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária, de acordo com o entendimento jurisprudencial anterior do STF no RE 80.004, em 1977.

Para Piovesan (2014, p. 70), o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, da Constituição, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados de cunho comercial.

Sagrou majoritária na jurisprudência do STF a posição que conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos *status* normativo supralegal, enquanto a posição divergente atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos estatura constitucional, posição igualmente defendida por Mazzuoli (2013, p. 18), que sustenta que os tratados de direitos humanos ostentam *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação, compondo a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

As normas integrantes do direito positivo interno precisam guardar harmonia e compatibilidade não apenas com a Constituição, mas também com a ordem jurídica internacional. A compatibilidade das normas internas com a Constituição se faz mediante controle de constitucionalidade, enquanto que a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos se faz por intermédio do controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2013, p. 31).

Conclui-se, assim, que a Constituição de 1988 conferiu proteção demasiada à dimensão individual e subjetiva ao exigir o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fenômeno que tem levado à prescrição da pretensão punitiva e executória, uma vez que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis, fato que vem contribuindo para o descrédito do sistema de justiça penal no Brasil.

O direito subjetivo de ser presumido inocente até que sobrevenha condenação penal com força de caso julgado, não reproduzido na Convenção Americana de Direitos Humanos, vem implicando o enfraquecimento do sistema penal punitivo, o manejo de recursos protelatórios com o intuito de evitar o trânsito em julgado do título condenatório, a frustração da duração razoável do processo em virtude da interposição sucessiva de recursos das mais variadas espécies.

Nesse quadro, confrontando-se o que dispõem a Convenção Americana de Direitos Humanos, de que o país é parte, e a Constituição do Brasil de 1988, verifica-se a possibilidade da realização do controle de convencionalidade, com o fim de manter o conteúdo mínimo da garantia fundamental da presunção de inocência, sem a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória, à luz do princípio da unidade da Constituição, já que ambas as normas compõem o bloco de constitucionalidade.

Relativamente à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, e considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer, segundo Piovesan (2014, p. 73):

- (i) coincidência dos tratados internacionais com os direitos assegurados na Constituição;
- (ii) o direito enunciado no tratado internacional poderá integrar, complementar e ampliar o catálogo dos direitos constitucionais previstos;
- (iii) o tratado poderá contrariar preceito do direito positivo interno.

A quarta hipótese, não prevista, é a constituição ampliar o enunciado previsto no tratado internacional de direitos humanos, como no caso da presunção de inocência, previsto expressamente no corpo do texto da Constituição brasileira.

Do confronto entre as duas normas, seja dizer, da norma inscrita na Constituição brasileira e do preceito constante da Convenção Americana, afigura-se mais protetivo ao indivíduo aquela, uma vez que assegura o estatuto de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Mas o princípio *pro homine* não persegue abrigar os direitos das pessoas sem desconhecer outros princípios também de elevada hierarquia, como o interesse público.

Impõe-se, no caso, restrição de garantia fundamental prevista na Constituição nacional pela necessidade de proteção de outros bens jurídicos de elevada hierarquia jusfundamental, tendo como barreira intransponível o conteúdo mínimo es-

crito nos diplomas internacionais, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos, de que o país é parte, uma vez que “os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*” (CANOTILHO, 2003, p. 1274), podendo, em razão da sua estrutura, sofrer restrições “em virtude da existência de limites originários ou primitivos que se imporiam a todos os direitos:

- (i) limites constituídos por direitos dos outros;
- (ii) limites imanentes da ordem social;
- (iii) limites eticamente imanentes” (CANOTILHO, 2003, p. 1280).

Limitação, destaca-se, não violadora de cláusula pétrea escrita na Constituição, uma vez que “os direitos, liberdades e garantias estariam sempre limitados desde que colocassem em perigo bens jurídicos necessários à existência da comunidade” (CANOTILHO, 2003, p. 1280).

A harmonização proposta entre a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos não configura indevido retrocesso, pois há justificativa também de estatura jusfundamental para o afastamento da exigência do trânsito em julgado para a declaração de culpa e suas consequências penais, preservando-se o núcleo essencial da presunção de inocência, como a efetividade das decisões, a duração razoável do processo, a segurança pública, a paz social e até mesmo por razões de igualdade internacional.

Por mais que se respeitem as especificidades locais, reconhecendo-se a existência de um ordenamento internacional e a superação do Estado nacional como fonte única do direito positivo, não se pode conceber que um ser humano tenha mais ou menos direitos fundamentais que outros pelo simples fato de ter nascido em um território.

É o que se passa, por exemplo, com uma condenação criminal em países vizinhos, como Brasil e Argentina ou Portugal e Espanha, onde, respectivamente, considera-se este condenado inocente e culpado, pois os primeiros exigem o trânsito e os segundos não.

Assim, equiparados e harmonizados os ordenamentos, o acusado somente será considerado culpado depois que sua culpabilidade tiver sido legalmente provada e declarada pelo Estado-juiz, asseguradas, durante o processo, as garantias mínimas, como forma, ainda, de afastar a proteção insuficiente da sociedade.

Não se cuida de indevida restrição de garantia fundamental, mas de compatibilidade do preceito da Constituição com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a fim de encaixar aquele na moldura desta, equilibrando as dimensões individuais e coletivas, subjetivas e objetivas, dos direitos fundamentais.

Considerações finais

A execução imediata de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, em sessão do dia 17 de fevereiro de 2016.

É apenas um caso dentre milhares na justiça brasileira, em que mesmo condenado em primeira instância, após processo contraditório, permeado, muitas vezes, de incontáveis habeas corpus, o acusado livra-se solto, colhendo, não raro, após alguns anos, a declaração de extinção da sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Em razão desse desequilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade do sistema de justiça penal que o Supremo Tribunal Federal permitiu a execução da pena privativa de liberdade.

Contudo, a Constituição brasileira não permite interpretação diversa em seu art. 5º, inciso LVII, cujo texto é claro. É por essa razão que se lançam fundamentos sociológicos e jurídicos para amparar a execução da prisão punitiva do acusado depois que sua culpabilidade tiver sido legalmente demonstrada e declarada, conforme Convenção Americana de Direitos Humanos, de que o país é parte, a qual não exige o trânsito em julgado do título condenatório.

Do confronto entre o que dispõem a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição brasileira, verifica-se a possibilidade da realização do controle de convencionalidade, com o fim de manter o conteúdo mínimo da presunção de inocência, sem a exigência do trânsito em julgado da sentença condenatória, à luz do princípio da unidade da Constituição, já que ambas as normas compõem o mesmo bloco de constitucionalidade, como forma, ainda, de afastar a proteção insuficiente da comunidade.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas corpus* n. 126.292-SP. Marcio Rodrigues Dantas e Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ, 16 maio 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>

listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%2ENUME%2E+OU+126292%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jukvr93. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 80.004-SE. Belmiro da Silveira Gois e Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. DJ, 20 dez. 1977. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880004%2ENUME%2E+OU+80004%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hynd24f>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Banco Bradesco S/A e Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ, 5 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2ENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Trad. de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Relatório ICJ Brasil. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 de jul. 2017.

GEIGER, Theodor. *On social order and mass society*. Chicago: University of Chicago Press, 1969.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; DA SILVA, Marco Antonio Marques (Coord.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). *Controle de convencionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUSCHE, Georg; KIRSCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de inocência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.