

A presunção de inocência no contexto da Declaração Universal de Direitos Humanos e a sua relativização pelo Supremo Tribunal Federal

Marcos Afonso Johner¹

Resumo: Este escrito tem como objetivo verificar se a execução provisória da pena é compatível com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com a Constituição Federal. O estudo do tema apresentado é importante na medida em que transcende o debate acadêmico, uma vez que repercute diretamente na esfera do *jus libertatis* do acusado no processo penal. Utilizou-se do método dedutivo, mediante pesquisa documental indireta. Ao final, constatou-se que o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao permitir a execução provisória da pena, conflita com a presunção de inocência e, por via de consequência, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal, por antecipar o juízo da culpa antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Execução Provisória; Incompatibilidade; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Constituição Federal.

The presumption of innocence in the context of the Universal Declaration of Human Rights and their relativization by the Supreme Federal Court

Resumo: The purpose of this written is to verify whether the provisional execution of the penalty is compatible with the Universal Declaration of Human Rights and with the Federal Constitution. The study of the topic presented is important insofar as it transcends the academic debate, since it has a direct impact on the area of *jus libertatis* of the accused in criminal proceedings. The deductive method was used, through indirect documentary research. In the end, it was found that the novel understanding of the Federal Supreme Court, by permitting the provisional execution of the penalty, conflicts with the presumption of innocence and, as a consequence, with the Universal Declaration of Human Rights and the Federal Constitution, for anticipating the judgement of guilt before the transit on trial of the damning criminal sentence.

Keywords: Presumption of Innocence; Provisional Execution; Incompatibility; Universal Declaration of Human Rights; Federal Constitution.

Introdução

Um tema que parecia já estar pacificado no âmbito doutrinário e jurisprudencial desde 2009 passou a ganhar destaque a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2016: trata-se da questão da execução provisória da pena, quando pendentes os recursos excepcionais nas instâncias superiores.

De relevada importância, desde a precitada decisão o assunto ainda acende acirradas discussões, haja vista que transcende o âmbito acadêmico para interferir no *jus libertatis* do acusado, que se vê privado

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Itapiranga/SC.

do estado de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dessa forma, desde a perspectiva da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e da Constituição Federal (CF), é possível antecipar a culpa do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória?

A hipótese assumida é de que tanto a DUDH quanto a CF não autorizam a execução provisória da pena, justamente porque uma interpretação sistemática de ambos os documentos permite estender ao acusado todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa, inclusive o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, marco objetivo da queda do estado de inocência.

O trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira, far-se-á a distinção entre regras e princípios, justamente para, na segunda, classificar a presunção de inocência em uma das categorias apresentadas. Na terceira parte apresentar-se-ão os principais argumentos utilizados pelo STF no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292. Por fim, no último tópico, far-se-á um elo entre a DUDH e a CF, a fim de explicar o porquê de a decisão do STF contrariar a presunção de inocência.

Desse modo, a despeito de recentes publicações acerca do tema,² será possível complementá-las e, ao mesmo tempo, avançar em alguns pontos, a exemplo da classificação da presunção de inocência como uma regra, conferindo-lhe maior rigidez normativa, e da interpretação sistemática por meio do critério da hierarquização axiológica, a fim de esclarecer o motivo pelo qual o conceito exposto na DUDH não interfere no da CF, e vice-versa.

Distinção entre regras e princípios

Princípios e regras são espécies de *normas*,³ “porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição” (ALEXY, 2008, p. 87). Portanto, as duas categorias constituem “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” (ALEXY, 2008, p. 87). Assim sendo, diferenciá-las é de suma importância para a operacionalização do Direito.⁴ Afinal,

[...] a distinção entre princípios e regras terá repercussões importantes em toda a vida da disposição normativa: em sua interpretação individual, em seu papel no sistema a que pertence e no ordenamento como um todo e em sua eficácia jurídica. Com efeito, a diferenciação estrutural que há entre princípios e regras, e o fato de um enunciado ter a natureza de um ou de outra, é determinante para a compreensão de sua eficácia jurídica e, em consequência, da posição em que investe o particular (BARCELLOS, 2011, p. 51).

Para ALEXY (2008, p. 90), os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*”, tendo em vista que podem “ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

² Conferir BEZERRA GONÇALVES, 2018; AMARAL; CALEFFI, 2018.

³ Destaca-se que alguns autores realizam a distinção utilizando o termo *norma* como sinônimo de *regra*, tais como VIGO, 2005, p. 141 e ss.

⁴ Não se adentrará, aqui, nas variações de critérios sugeridos para operar a distinção, como, por exemplo, o grau de abstração, o grau de determinabilidade, o caráter de fundamentalidade, a “proximidade” da ideia de direito ou, ainda, a natureza normogenética, estes mencionados por CANOTILHO, 2003, p. 1160-1161. BARCELLOS (2011), por sua vez, alude aos critérios de conteúdo, origem e validade, compromisso histórico, função no ordenamento, estrutura linguística, esforço interpretativo exigido e aplicação. A exposição limitar-se-á ao critério distintivo de aplicação, a partir da proposta elaborada por Alexy.

De outro lado, de acordo com o autor alemão, “as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (grifo do autor) (ALEXY, 2008, p. 91). Por isso, as regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (grifo do autor) (ALEXY, 2008, p. 91).⁵

A diferença entre as duas espécies, anota o próprio autor, “mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras” (ALEXY, 2008, p. 91). Também GRAU (2006, p. 188) anota que “a diferença entre regra e princípio surge exclusivamente no momento da interpretação/aplicação (Prieto Sanchís e Gianformaggio)”, de tal forma que “apenas no curso do processo de interpretação (no perpassar do círculo hermenêutico) o intérprete poderá decidir se há ou não há conflito entre regras ou colisão entre princípios”.

O conflito entre regras “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92). No que tange à cláusula de exceção, tome-se o seguinte exemplo: os alunos não podem sair da sala de aula antes de apitar; em caso de incêndio, todos os alunos devem evadir-se da escola. E se o alarme de incêndio soar antes do apito? Há, evidentemente, um conflito entre duas regras. No entanto, a partir da inserção de uma cláusula de exceção, ele é resolvido: os alunos devem permanecer na sala até o sinal do apito, mas, em caso de alarme de incêndio, têm a permissão de saírem antecipadamente do recinto. Ambas as normas coexistem, não sendo necessária a declaração de invalidade de uma delas (ALEXY, 2008).

Doutro giro, se tal solução não for possível, será imperioso que uma das regras seja declarada inválida. Afinal, “se uma norma é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. [...] não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos” (ALEXY, 2008, P. 92). Como forma de definir qual das duas regras será invalidada, é possível utilizar-se dos critérios *lex posteriori derogat legi priori* ou *lex specialis derogat legi generali*, “mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito” (ALEXY, 2008, p. 93).

Solução totalmente diversa é a da colisão entre princípios, cuja resolução adentra não no plano da validade, e sim na *dimensão do peso*: conflitantes dois princípios entre si, um terá de ceder. Isso não significa “nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2008, p. 93). Constata-se, na realidade, “que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e [...] os princípios com o maior peso têm precedência” (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Nessa senda, “pode-se concluir que o recurso aos princípios implica um exigente trabalho argumentativo destinado não só a precisá-los, mas também inferir a solução que se propõe ou prescreve”, alertando-se, obviamente, “que dito esforço é significativamente menor quando se opera com normas” (VIGO, 2005, p. 145), lembrando que o autor trata os termos norma e regra como sinônimos.

Dentro dessa perspectiva, os “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2008, p. 103-104). Doutro norte, “como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas”, que poderá “falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2008, p. 104). Daí a correta apreciação de CANOTILHO (2003, p. 1161), no sentido de que “a convivência dos

⁵ Trata-se de uma estrutura *biunívoca*, na dicção de BARCELLOS (2011), aplicada na estrutura do *tudo ou nada* popularizada por Dworkin. Para este último, com efeito, “rules are applicable in an all-or-nothing fashion” (Tradução livre: “regras são aplicadas no modelo tudo-ou-nada”) (DWORKIN, 1977, p. 24).

princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se”.

Diante disso, é possível afirmar que o conflito entre regras se encontra num *plano de validade*, ao passo que a colisão entre princípios, numa *dimensão de peso* (ALEXY, 2008), donde “se infere uma suposta contigüidade (sic) da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores” (BONAVIDES, 2004, p. 280). Portanto, ou uma regra vale, ou não vale e, portanto, deve ser cumprida na exata medida da sua prescrição; doutro giro, os princípios são sopesados de conformidade com as circunstâncias concretas, para o fim de verificar qual prepondera sobre o outro, sem eliminação do ordenamento jurídico.

A presunção de inocência e as suas dimensões

A imposição de pena a alguém não é uma medida automática; vale dizer, não há pena, pelo menos em sua aceção dogmática e jurídica, sem a garantia de um *devido processo penal*: o direito material não se materializa sem o processo (*nulla culpa sine iudicio e nulla accusatio sine probatione*) (FERRAJOLI, 2002).

Nessa senda, o art. 11, § 1º, da DUDH estende ao acusado o estado de inocência ao decorrer do processo, até que seja provada a sua culpabilidade. A CF foi além ao considerar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (grifo nosso) (art. 5º, LVII). Desse modo, cabe à acusação o ônus de provar a materialidade, a autoria e os caracteres analíticos do crime. Constrói-se, a partir daí, a *regra da presunção de inocência*.

O limite semântico do texto constitucional é claro e estabelece um *marco temporal* para a queda da presunção da inocência: *o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Por isso se trata de uma *regra*, e não de um *princípio*: o mandamento constitucional é claro, inequívoco, e deve ser cumprido na exata medida da sua prescrição; a regra é válida, expressa um direito fundamental, e, portanto, deve ser cumprida tal e qual é, sem mais, nem menos. Essa é a conclusão a que chega RUTIS:

A vedação do uso de provas ilícitas e a presunção de inocência são duas normas de direitos fundamentais cujo caráter estrutural-aplicativo se constitui em mandamento de definição, sua aplicabilidade independe de quaisquer circunstâncias; ou o ato se conforma à norma e por ela é referendada, ou a desobedece e por ela é rejeitada. A tradição verbal nomeia-as de princípios – com o caráter semântico de mandamento nuclear do sistema – mas, na terminologia de Alexy, ambas são regras, logo, não são passíveis de ponderação pelo julgador (RUTIS, 2017, p. 40).

Delineadas as razões pelas quais se considera a presunção de inocência como uma regra, insta enfatizar que a sua atuação se dá em duas dimensões: *interna* e *externa* ao processo. Na primeira, trata-se de “um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador [...] e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (*in dubio pro reo*)” (LOPES JR., 2017, p. 96-97). Desse modo, é possível radicar a dimensão interna em duas subregras: uma de *tratamento* – presume-se o réu inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – e outra de *julgamento* – a dúvida milita em favor do réu e, não havendo provas cabais da conduta criminosa, deve-se absolvê-lo. Percebe-se que a subregra de julgamento confunde-se com a máxima do *in dubio pro reo* (BADARÓ, 2015). Nesse sentido, leia-se VÁZQUEZ ROSSI:

Desde este ponto de vista o princípio também pode relacionar-se com a aspiração de justiça, de segurança e com o temor de infligir pena a quem não é culpável. Somente quando o julgador conseguiu um saber sobre o objeto processual que lhe permite, razoavelmente, eliminar dúvidas e ter por certa a atribuição delitiva, pode validamente

efetuar um pronunciamento condenatório; é óbvio que esse saber deve, ineludivelmente, surgir do material probatório do juízo e da dialética do debate (tradução livre) (VÁZQUEZ ROSSI, 1995, p. 276).

A presunção de inocência também irradia efeitos fora do processo – *dimensão externa*. Dessa feita, exige-se que a imagem do réu seja protegida da publicidade abusiva e da prematura estigmatização. Sabe-se que muitas vezes a mídia procura criar um estereótipo de “inimigo” para a sociedade, motivo pelo qual a presunção de inocência, ao lado de outros direitos fundamentais, como a imagem e a privacidade, funciona como barreira num estado democrático à abusividade dos meios de comunicação (LOPES JR., 2017).

A execução provisória da pena na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Desde 2009, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG, de relatoria do então Min. Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que o início da execução da sentença penal condenatória estava condicionado ao respectivo trânsito em julgado, na exata prescrição do art. 5º, LVII, da CF. Veja-se a ementa do acórdão:

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. [...] 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.⁶

No entanto, houve uma reviravolta jurisprudencial a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292/SP, de relatoria do então Min. Teori Albino Zavascki. A partir desse precedente, o STF passou a admitir a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória em sede de apelação. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 84.078/MG, Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 05/02/2009. Publicação: 26/02/2009.

inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.⁷

O que o Pretório Excelso quis dizer é que a interposição de recurso especial ou extraordinário em face do acórdão que manteve a condenação de primeiro grau não impede o cumprimento antecipado da pena, tendo em vista que os recursos excepcionais são apenas dotados de efeito devolutivo, e não suspensivo. Todavia, isso não “guarda qualquer relação de prejudicialidade com o conceito de trânsito em julgado (marco exigido pela Constituição para o fim da presunção de inocência)”, além de equivocadamente adotar-se um civilismo fruto da teoria geral do processo, “que desconsidera as categorias jurídicas próprias do processo penal e também a eficácia constitucional de proteção que inexiste no processo civil” (LOPES JR., 2017, p. 1084).

Além disso, é de ver-se que, num Estado de Direito, a coisa julgada é um basilar mecanismo com vistas a assegurar segurança jurídica aos jurisdicionados. Afinal, é a partir dela que se obterá um título executivo definitivo a consolidar o comando dispositivo da sentença. Daí o seu papel de consolidação das relações sociais, “consubstanciando-se em termo objetivo para a cessação da eficácia do princípio da presunção de inocência” (BEZERRA GONÇALVES, 2018, p. 518).

Dessa questão do mero efeito devolutivo do recurso excepcional também decorre o aventado óbice de reexame da matéria fático-probatória, convolado nos enunciados da Súmula nº 279, do STF,⁸ e nº 7, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁹ Isso não impede aos Tribunais Superiores, contudo, “de corrigir eventuais injustiças, como, por exemplo, retificar a tipificação dos delitos, rever dosimetria da pena, alterar o regime prisional inicialmente fixado e até mesmo reformar uma decisão condenatória para absolver o réu” (BEZERRA GONÇALVES, 2018, p. 521-522).

Outro argumento aventado na decisão é o de que, em grande quantidade de casos, o incontável número de recursos interpostos pela defesa culmina na prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, a inovação judicial não é o mecanismo adequado para mudar este quadro, mormente ao ignorar um direito fundamental. Como exemplo, pode-se pensar na criação de novos marcos interruptivos da prescrição, como a publicação da decisão proferida em recurso extraordinário ou especial. O que se deve evitar são artifícios jurídicos destoados de legitimidade constitucional.

Sustentou-se, ainda, que a mutação constitucional serviria para combater a impunidade e evitar a demora excessiva no julgamento dos recursos excepcionais. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, tem o dever de “corresponder às expectativas jurídico-constitucionais, ou seja, atuar como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais” (LOPES JR., 2017, p. 1084), ainda que tenha de desagradar aos anseios societários. Além disso, a relativização da presunção de inocência em nada contribui para otimizar a resolução dos processos nas instâncias superiores, que deveriam ser revitalizadas para atender ao excesso de demandas (o que indica um mau funcionamento das jurisdições inferiores) de um vasto país como o Brasil (LOPES JR., 2017).

Cumprir destacar que foram ajuizadas duas ações declaratórias de constitucionalidade (as de nº 43 e 44), para o fim de instar o STF a manifestar-se acerca da compatibilidade do art. 283 do CPP¹⁰ com a CF. Em

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC nº 126.292. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento: 17/02/2016. Publicação: 17/05/2016.

⁸ “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

⁹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁰ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

medida cautelar, o Pretório Excelso manteve o entendimento firmado no *habeas corpus* nº 126.292. Além do mais, em Recurso Extraordinário (RE) julgado sob o regime da repercussão geral, portanto, com efeito vinculante (por força do art. 927, V, do Código de Processo Civil – CPC), o STF reafirmou a possibilidade de execução provisória da pena.¹¹

Advirta-se que o art. 283 elenca as formas de prisões admitidas no processo penal: a prisão em flagrante, a prisão cautelar e a prisão-pena, esta última que depende do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, anota-se que “qualquer outra espécie de prisão fere o princípio da legalidade, vez que a CF, bem como o Pacto de San José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário, determinam que apenas lei em sentido estrito pode regulamentar matéria penal” (BEZERRA GONÇALVES, 2018, p. 517), o que demonstra a equivocidade da decisão da Corte Suprema.

A relativização da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal: comparativo entre a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Constituição Federal

Um dos pontos sustentados pelo Min. Luiz Fux no seu voto é o de que a noção do que vem a ser a presunção de inocência encontra-se no art. 11, § 1º, da DUDH, *verbis*: “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”.

O diploma internacional, a cuja exegese se alinhou o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, § 2º), exige para a queda da presunção de inocência apenas a comprovação da culpabilidade do acusado. Desse modo, aparentemente não reclama, como o faz a CF (art. 5º, LVII), o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Daí porque, talvez, a extração do argumento decisório para o fim de relativizar a regra em comento.

No entanto, é preciso ter em mente que as difusões da presunção de inocência contidas na DUDH e na CF não se excluem; pelo contrário, mutuamente se complementam. Além disso, não se pode perder de vista que a primeira surgiu exatamente com o escopo de privilegiar os direitos humanos e proteger o indivíduo das arbitrariedades estatais (GUERRA, 2017), razão pela qual as suas disposições não podem ser interpretados em desfavor da pessoa humana.

Desse modo, a partir de uma *interpretação sistemática*, é possível superar a aparente antinomia instalada, no sentido de atribuir a melhor significação possível à totalidade hermenêutica do ordenamento jurídico em um processo de hierarquização axiológica (FREITAS, 2010). É justamente a partir desse *metacritério da hierarquização axiológica* que se pode buscar a compreensão do direito em sua totalidade e conferir-lhe a unidade e coerência necessárias para a boa aplicação do complexo de normas jurídicas. Compreendessemos-o a partir do conceito de FREITAS:

[...] *possível enunciar proposta conceitual de princípio da hierarquização axiológica, em tais termos: cuida-se, por assim dizer, de “metacritério” que indica, inclusive em face de antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio superior, mesmo no conflito entre regras, visando-se a impedir a autocontradição do sistema e resguardando a unidade sintética de seus múltiplos comandos. Unidade, esta, que se realiza, em definitivo, na atuação dos intérpretes (grifos do autor) (FREITAS, 2010, p. 116).*

Assim, por intermédio de um escalonamento dos preceitos da DUDH e da CF, é crível afirmar

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 964.246/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 10/11/2016. Publicação: 25/11/2016.

que a regra contida nesta última deve prevalecer em relação àquela, e, consoante já frisado, sem excluí-la, justamente por mostrar-se mais favorável à proteção dos direitos humanos e fundamentais do acusado.

Com efeito, a DUDH condiciona a queda da presunção da inocência à prova da culpabilidade, mas em julgamento público no qual tenham sido *asseguradas todas as garantias necessárias à defesa do réu*. Destarte, o conteúdo axiológico aí disposto deve ir além e atentar, ademais, para as normas constitucionais do ordenamento jurídico no qual se desenvolve o respectivo processo penal.

Significa dizer, no caso do Brasil, que se devem observar todas as diretrizes constantes na CF. A primeira delas e uma, senão a, das mais basilares de todas é a cláusula do *devido processo legal*, estampada no art. 5º, inciso LIV, *verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (grifo nosso). Esta barreira ao poder punitivo “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa” (MORAES, 2014, p. 110). Interessa-nos o exame da segunda faceta, bem explicada por BADARÓ:

De outro lado, o devido processo legal ainda mantém a sua face processual. O princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual, é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele de fluiriam. Não se pode imaginar um *due process* que se desenvolva perante tribunais de exceção ou perante juízes diversos daqueles definidos na Constituição. O processo não será devido, aliás, nem processo será, mas sim mero procedimento, se não se desenvolver em contraditório. Um processo secreto e com decisões não motivadas será um processo arbitrário (BADARÓ, 2015, p. 78-79)

Dessa maneira, a persecução penal deve manter-se na mesma via de direção de todas as formalidades previstas, não só nas legislações infraconstitucionais, como, também e principalmente, na CF. Exemplificativamente, a interceptação telefônica não autorizada pela autoridade judiciária é uma prova ilícita justamente porque não observou o procedimento da Lei nº 9.296/1996 e o art. 5º, LVI, da Lei Maior.

Do mesmo modo, será nulo o processo no qual o acusado não esteja assistido por defesa técnica (enunciado da Súmula nº 523 do STF), exatamente porque não foram respeitados dois dos principais corolários do devido processo legal: o *contraditório* e a *ampla defesa*. Diferencia-os MORAES:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresenta, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2014, p. 111).

E mais, a parte final do inciso LV do art. 5º da CF assegura ao acusado *todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa*. Perceba que tal dispositivo vai ao encontro do art. 11, § 1º, da DUDH, que estende ao réu a possibilidade de se valer de todas as garantias necessárias à sua defesa. Jungidos ambos os preceitos à cláusula do devido processo legal, chega-se ao resultado de que o processo somente acaba quando esgotadas todas as possibilidades de defesa do acusado; ou seja, quando não caibam mais recursos da decisão condenatória. Desse modo, a partir de uma interpretação sistemática entre a DUDH e a CF, constata-se que, *se se devem assegurar todas as garantias à defesa, apenas o trânsito em julgado pode acarretar na queda da presunção de inocência, de tal modo que a execução provisória da pena não tem respaldo constitucional*. Nesse sentido, ainda que com argumentação diversa, já se posicionava BADARÓ antes da mudança de entendimento do STF:

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, a 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* (grifo nosso) (BADARÓ, 2015, p. 58).

Da mesma forma, LIMA:

Ora, se o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao acusado como se este já houvesse sido condenado, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, é evidente que não se admite uma execução provisória da pena pelo simples fato de o recurso ser (ou não) dotado de efeito suspensivo. Isto importa em conferir efeito suspensivo indireto a todo e qualquer recurso interposto com o fim de reformar sentenças ou acórdãos condenatórios, inclusive aqueles em relação aos quais a lei for silente acerca desse efeito.

Por isso, não se admite a execução provisória de sentença penal condenatória recorrível, sob pena de indevida violação ao princípio da presunção de inocência (LIMA, 2016, p. 1659).

Destarte, denota-se que houve uma equivocada interpretação do art. 11, § 1º, da DUDH por parte do STF. A noção de presunção de inocência aí disposta não conflita com a CF. Ambas se complementam e a junção confere harmonia e coerência ao ordenamento. Admitir a execução provisória da pena, como está acontecendo, é flagrantemente inconstitucional, de tal sorte que a decisão do *habeas corpus* nº 126.292/SP sequer pode ser considerada mutação constitucional, mas, sim, uma espécie de reforma do texto magno, destoada de legitimidade democrática.

Ora, se interpretar/aplicar uma norma significa interpretar/aplicar toda a ordem jurídica (FREITAS, 2010), o caminho seguido pelo STF ultrapassou o sinal vermelho e conflitou com a cláusula do devido processo legal e o princípio da ampla defesa. A correção do erro deve passar pelo crivo de uma correta interpretação sistemática, no sentido de visualizar os direitos fundamentais como totalidade indissociável, procurando restringir ao máximo as suas eventuais limitações e lhes emprestando a tutela reconhecida da eficácia direta e imediata (FREITAS, 2010).

Portanto, uma boa interpretação é aquela que sacrifica o mínimo para preservar o máximo dos direitos humanos e fundamentais (FREITAS, 2010), de tal sorte que, na dúvida, deve preponderar a escolha que menos sacrifique a axiologia constitucional e que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003), para, assim, atribuir a melhor significação possível dentre as várias possíveis (FREITAS, 2010), que, no caso vertente, informa que a queda da presunção de inocência somente vai ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conclusão

O ordenamento jurídico é composto por um conglomerado de normas, que podem ser divididas dicotomicamente em regras e princípios. As primeiras expressam um comando de dever-ser cujo cumprimento se dá na exata medida da sua prescrição, sem mais, nem menos. Para a resolução de um conflito entre regras, ou se insere uma cláusula de exceção, ou se elimina uma das regras conflitantes. De outro lado, os princípios constituem mandados de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. A solução para a

colisão entre princípios dá-se pelo critério da ponderação, sendo correto afirmar-se que um deverá ceder ao outro no caso concreto, sem que isso acarrete em eliminação da ordem jurídica.

Nessa dicotomia, constata-se que a presunção de inocência se enquadra na categoria de regra, uma vez que o art. 5º, LVII, da CF, estatui uma prescrição que não admite ponderação, tendo em vista que a sua carga deontológica é precisa ao delimitar que a queda do estado de inocência somente ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, configurando um empecilho à execução provisória da pena.

No entanto, a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, o STF relativizou o preceito constitucional recém-referido e passou a admitir a execução provisória da pena, quando confirmada a sentença penal condenatória em sede de acórdão prolatado em segundo grau de jurisdição. Os principais argumentos utilizados para a reviravolta jurisprudencial foram os seguintes: os recursos excepcionais não são dotados de efeito suspensivo, devolvendo às Cortes Superiores apenas questões de direito, e não de fato, que se exaurem na instância ordinária; a excessiva demora ao julgamento dos recursos excepcionais não corresponde às expectativas da sociedade, muitas vezes gerando sensação de impunidade e acarretando na prescrição.

Outro fator que parece ter sido decisivo à guinada jurisprudencial foi o conceito de presunção de inocência estampado no art. 11, § 1º, da DUDH, que, em tese, não condiciona a queda daquela regra ao trânsito em julgado, contentando-se com a comprovação da culpabilidade, o que se daria após o esgotamento da análise do suporte fático-probatório.

Contudo, a partir de uma interpretação sistemática articulada entre a DUDH e a CF, constata-se que as noções de presunção de inocência contidas em ambos os documentos não se excluem; pelo contrário, mutuamente se complementam. Deveras, a parte final do art. 11, § 1º, da DUDH, garante ao acusado que lhe sejam asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Daí que se deve atentar, ademais, para o ordenamento constitucional. No caso do Brasil, a CF estabelece a cláusula do devido processo legal, do qual são corolários o contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos e meios a ela inerentes. Assim as coisas, somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que se pode derruir a presunção de inocência, por imperativa exigência constitucional.

Portanto, em resposta ao problema deste escrito, é possível afirmar que a execução provisória da pena é incompatível com a DUDH e com a CF, sendo que o atual entendimento firmado pelo STF viola a regra da presunção de inocência, mormente a subregra de tratamento, relativizando um direito fundamental e retirando a sua aplicabilidade imediata, o que demonstra um descompasso com o art. 5º, § 1º, da CF, e de toda a axiologia constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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: D'ÁVILA, Fábio Roberto *et al.* **Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal**. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BEZERRA GONÇALVES, Gina. O princípio da presunção de inocência e a (im)possibilidade de execução provisória

da pena após decisão condenatória de segundo grau. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto *et al.* **Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal.** Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** 5. ed. Malheiros Editores, 2010.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136, p. 35-67. São Paulo. Outubro de 2017.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. **Derecho procesal penal.** Tomo I. Conceptos generales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1995.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.** Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Recebido em: 08.10.2018

Aprovado em: 13.12.2018