V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

ANDRÉ LEONARDO COPETTI SANTOS

SANTIAGO GARDERES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963
Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: André Leonardo Copetti Santos, Santiago Garderes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-266-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Processo penal. 3. Contituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

A celeuma acerca de uma crise do sistema de combate à criminalidade instalou-se no Brasil praticamente em momento concomitante ao final da Ditadura de 64. Até então, o foco das atenções do imaginário político do País estava voltado para as violências perpetradas pelo regime militar e, consequentemente, para a criminalidade política, bem como para a questão relativa à redemocratização. Com o final do regime de exceção, as atenções das mais diversas classes que compunham setores críticos da sociedade brasileira voltaram seus olhos para inúmeros problemas que assolavam o País, dentre eles a criminalidade que, a partir de então, assumia até mesmo características sistêmico-organizacionais, por conta de uma convivência "instrutiva" entre criminosos comuns e militantes de esquerda, recebendo as primeiros lições de organização política dos segundos. A partir de meados dos anos oitenta o fenômeno criminal no Brasil teve uma curva de crescimento com jamais houvera na história brasileira, desencadeando reflexões e investigações que ocorrem de forma permanente até nossos dias.

Ao longo das últimas três décadas, construiu-se um considerável catálogo de causas para o fenômeno criminal. Por um lado, apontam-se, no âmbito da sociologia e da criminologia, fundamentalmente, como elementos causais desta crise, aqueles decorrentes da exclusão socioeconômica de boa parte da população, em função da não satisfação de direitos fundamentais de natureza material, tais como alimentação, saúde, educação, trabalho, habitação etc. Entretanto, por outro, não faltam críticos dos sistemas normativos que regulam a atuação estatal penal, considerando-os como um sério fator a ser ponderado como gerador desta crise, especialmente em função de uma suposta reprodução da sensação de impunidade no imaginário dos delinquentes que, por uma série de problemas nos sistemas processuais penais, não sofreriam a efetiva imposição de pena por parte do Estado. Cremos que razões parciais assistem a ambos os lados.

Poderíamos anotar uma bifurcação das críticas em relação ao sistema de combate à criminalidade que, com razoável procedência, revela uma crise de dupla face dos sistemas estatais de combate ao crime. Este duplo viés da crise deve ser compreendido a partir de uma perspectiva garantista-democrática de organização político-jurídica da sociedade e do Estado, mais especificamente a partir de todas as vicissitudes do sistema positivo de direitos fundamentais. Ao percebermos a Constituição Federal como barreira e estímulo em relação às possibilidades de atuação do Estado, e situando tal compreensão em relação ao fenômeno

da criminalidade e dos sistemas de persecução penal, veremos que tanto podem ser atingidos os direitos fundamentais dos processados por autoria de fatos típicos, em razão de violações perpetradas por agentes estatais em relação aos princípios de garantia individual, quanto os direitos fundamentais das vítimas e do restante da população ao verem-se atingidas por ações delituosas, tanto no que se refere aos seus bens jurídicos individuais (vida, patrimônio, honra, etc.), quanto no que se relaciona a bens de natureza coletiva (segurança e incolumidade públicas, patrimônio).

De um lado, conservadores, identificados politicamente ao Movimento da Lei e da Ordem, ao Tolerância Zero ou outros movimentos político-criminais que se aproximam de posturas tendentes a uma atuação estatal penal máxima; de outro, os garantistas-liberais, que propugnam pela máxima redução do aparato de persecução penal do Estado.

Os conservadores deitam seus argumentos sobre uma reiterada impunidade que beneficia os réus, notadamente por conta da vigência de alguns institutos (v.g. procedimentos, recursos, alternativas processuais à aplicação da lei penal tais como a transação e a suspensão condicional do processo) que possibilitariam uma série de burlas à aplicação da lei penal, por facilitarem chicanas dentro do processo, situações que, segundo eles, têm levado a uma "institucionalização" da impunidade no Brasil. Nesse aspecto, um dos principais focos causais apontados para a escassez de eficácia da atuação persecutória criminal do Estado tem sido o sistema processual penal, particularmente em função de sua defasagem normativa, tendo-se em vista as demandas públicas de segurança num mundo completamente diverso daquele no qual foi construído o Código de Processo Penal. Ou seja, uma boa parte das soluções positivadas numa legislação de 1940 estaria completamente descontextualizada para demandas por segurança pública num mundo hipercomplexo, com profundas diferenças culturais, espaciais e temporais em relação à sociedade do tempo de geração do CPP.

Os liberais-garantistas, por sua vez, atacam os ranços inquisitivos do sistema e todas as possibilidades daí exsurgentes de violação a direitos fundamentais, especialmente de investigados ou réus.

O que precisa ser retido num primeiro momento é que a ideia de uma crise no sistema de administração da justiça penal tornou-se um tema reiterado em vários lugares, tais como a imprensa, os espaços forenses, a universidade. A elaboração da crítica por si só não se constitui num problema. Muito pelo contrário, pois a reflexão crítica estimula a constante reavaliação do sistema. Entretanto, o que é lamentável é que esse emaranhado de críticas permanece numa lâmina superficial da totalidade de um fenômeno muito mais profundo. Algumas graves questões ficaram esquecidas, obnubilando as verdadeiras razões de algumas

deficiências democráticas da prestação jurisdicional penal. O que há de mais singular nestas atitudes críticas é que a muito poucos, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça penal, ocorra a natural indagação do "por quê", que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno tão incomodativo.

Por conta da reiteração de críticas ao sistema processual penal e de uma conseqüente exasperação da crise, ensaiou-se um movimento de reformas a esta legislação de 1940, estando em estado bastante adiantado o projeto de lei que reformula o CPP. Entretanto, pelo teor do texto de tal projeto, oriundo da Câmara dos Deputados e já aprovado, com emendas, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, parece que o diagnóstico não foi tão preciso quanto seria necessário, para que realmente tivéssemos uma mudança paradigmática em termos de prestação jurisdicional penal.

O ponto fundamental da crise do sistema de administração de justiça penal no Brasil, do qual decorre uma série de ramificações de problemas secundários estruturadores desta situação pelo qual passa o sistema processual penal brasileiro, é, na verdade, uma dificuldade decorrente da estreita relação existente historicamente entre modelos de direitos e paradigmas filosóficos que se projetaram sobre a concretude do fenômeno jurídico. É o dogmatismo que impede a visualização da verdadeira face da crise do sistema processual penal brasileiro, qual seja: apesar de estar aparentemente assentado em premissas democráticas e garantistas, guarda profundas possibilidades de concretização de um sistema inquisitivo e autoritário de produção de verdades processuais.

Outro ponto para encarar o problema de uma forma mais ampla. Por influência do racionalismo oriundo do século XVII, estruturado a partir de uma inversão metafísica (no sentido clássico de metafísica) proposta por Descartes, de uma trama de definições sugerida por Spinoza ou das sugestões acerca da melhor ordem possível de Leibniz, o direito iluminista tentou estruturar uma ideia de direito imune às transformações históricas. Foi uma consequência natural da projeção das concepções filosóficas e políticas modernas, especialmente materializadas no liberalismo e no iluminismo europeus, tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, consequentemente invariável, com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. O efeito de tal influência da filosofia setecentista e oitocentista sobre o direito foi o estabelecimento de uma enorme distância entre o direito e a vida social e a prestação jurisdicional ficou limitada a uma mera declaração da vontade da lei.

Para encurtar essa distância entre o mundo da vida e o processo penal é, mais do que nunca, necessário desenvolvermos atividades investigativas que permitam a criação de novas

engenhosidades jurídicas, de modo a atender às demandas de um processo penal constitucional e democraticamente adequado. Esse desiderato tem sido concretizado em grande medida pelo CONPEDI através de seus encontros nacionais e internacionais, propiciando espaços de socialização e discussão das pesquisas que têm sido realizadas contemporaneamente no Brasil e no exterior. Nesse V Encontro Internacional, realizado em Montevideo, República Oriental do Uruguai não foi diferente. No GT sobre Processo Penal e Constituição I os trabalhos apresentados pautaram pela atualidade dos temas apresentados e debatidos, conforme é possível constatar-se na seguinte relação dos trabalhos:

1. A experiência brasileira: o papel da audiência de custódia para as políticas públicas de segurança no Brasil, de Patrícia Borges Moura;

2. A mídia e sua influência nas decisões judiciais em matéria criminal à luz da Constituição Federal de 1988, de Beatriz Lima Nogueira e Diane Espíndola Freire Maia;

3. A relativização do princípio da presunção de inocência: um diálogo com os direitos e garantias fundamentais, de Deilton Ribeiro Brasil , Leandro José de Souza Martins;

4. Colaboração premiada enquanto modalidade lícita de confissão: análise de sua incidência no direito brasileiro e sul-americano, de Marcelo DAngelo Lara , José Flôr de Medeiros Júnior;

5. Sigilo das interceptações telefônicas: uma análise do caso lava-jato, de Antonio Eduardo Ramires Santoro e Nilo Cesar Martins Pompilio Da Hora.

A literatura jurídica que aqui apresentamos reveste-se da excelente qualidade acadêmica, e entre todas há um eixo comum: a ideia de um processo penal democrático. Por isso, cremos que os leitores irão regozijar-se com a leitura.

Prof. Dr. André Leonardo Copetti Santos - PPGD/URISAN

Prof. Dr. Santiago Garderes - UDELAR/Uruguai

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE RELATIVIZATION: A DIALOGUE WITH THE RIGHTS AND FUNDAMENTAL WARRANTIES.

Deilton Ribeiro Brasil [1]
Leandro José de Souza Martins [2]

Resumo

O princípio da presunção de inocência se insere entre as garantias processuais do devido processo legal e das garantias fundamentais. Tal norma, prevista em atos normativos internacionais e na legislação infraconstitucional está sendo reinterpretada no sentido de sua relativização conforme a essência e o contexto que melhor exprimem os valores da Constituição Federal brasileira. Se os direitos fundamentais não são absolutos, devem ser conciliados ou harmonizados para o caso concreto. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise de leis relacionadas ao tema, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência, Direitos e garantias fundamentais, Relativização, Processo penal

Abstract/Resumen/Résumé

The presumption of innocence principle operates itself between the procedural guarantees of due process of law and of the fundamental warranties. Such standard, proposed in international normative acts and in the infraconstitutional legislation is being reinterpreted in the increasing of its relativization pursuant to the substance and the context that better express the values of the Federal Constitution. If the fundamental rights are not absolute they must be reconciled or harmonized to the concrete case-law. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-analytical method about related laws, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of presumption of innocence, Rights and fundamental warranties, Relativization, Criminal procedure

[1] Pós-Doutorando em Direito Constitucional pela UNIME, Itália. Professor do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves -IPTAN e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL

[2] Mestre em Filosofia pela UFOP. Bacharel em Direito pela FDCL. Professor EBTT de Filosofia, Sociologia e Introdução ao Direito no Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), Campus Ouro Branco

INTRODUÇÃO

Para Gomes (1999, p. 109), o princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), do ponto de vista extrínseco (formal) configura um direito constitucional fundamental, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5º, CF) e, do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.

No campo do direito material, a projeção do preceito no âmbito de interpretação das leis penais e de limitação à atividade legislativa. Por fim, aponta as características das garantias "não jurisdicionais", tais como: a eficácia direta e imediata do preceito e sua força vinculatória de todos os poderes (públicos e particulares) e das garantias "jurisdicionais", o acesso à jurisdição, em face da não observância do direito fundamental e o controle de constitucionalidade das leis, que obriga o acatamento à primazia das normas constitucionais (GOMES, 1999, p. 109), (VARALDA, 2007, p. 49), (CARRIÓ, 1979, p. 22-25).

É certo que as presunções são normas de comportamento, em que o legislador formula regras de "dever ser" e estão fundamentadas em valores ideológicos e técnicos. Desse modo, para a apreciação do alcance da presunção de inocência, deve-se considerar principalmente o seu valor ideológico, ao tempo em que exprime uma orientação do legislador, ou seja, a garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. Neste aspecto, o princípio se impõe não apenas no momento da decisão judicial, senão também como regra de tratamento do suspeito, que não pode tão-somente igualar-se ao culpado, por se tratar efetivamente de suspeito, indiciado, arguído ou réu (VARALDA, 2007, p. 50).

O preceito vem referido especialmente à condição de não culpabilidade do cidadão colocado diante do poder punitivo do Estado, vedadas quaisquer formas de tratamento que impliquem em equiparação à situação oposta, o que não implica em vedação à adoção de medidas cautelares investigatórias (GOMES FILHO, 1992, p. 62-63 e 71). Assim, são ilegítimos quaisquer efeitos negativos contra a efetiva situação do indivíduo na sociedade, ou seja, a violação à presunção de inocência se caracterizaria tão-somente na adoção de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais desprovidas de indícios suficientes de autoria e prova de materialidade (VARALDA, 2007, p. 51).

DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema – como o arcabouço jurídico que pavimenta a teoria dos direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade). Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica e jurisprudencial que instruíram a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DE NÃO CULPABILIDADE)

A primeira Declaração de Direitos Fundamentais, em sentido moderno, foi a Declaração do Bom Povo da Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas da América. Datada de 12 de janeiro de 1776, anterior, portanto, à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, foi inspirada nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, baseada especialmente nos escritos de Jefferson e Adams, colocados em prática por James Madison e George Mason (SILVA, 2000, p. 153).

A Declaração de Virgínia abarcava as bases dos Direitos do Homem, especialmente assegurando o direito de defesa nos processo criminais, bem como julgamento célere por júri imparcial, posto que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra ou julgamento de seus pares. Prestigiava-se a observância da necessidade de defesa, até como um requisito de um processo justo, reconhecido como devido processo legal. Essa Declaração ainda vedava a expedição de mandado geral de busca ou detenção, sem especificação exata e a prova do crime que gerou tal ordem judicial. Ainda se pode concluir que já existia uma priorização, para não se partir de uma presunção absoluta de culpabilidade do cidadão, havendo um abrandamento da norma, pela presunção, de que possivelmente o cidadão possa ser inocente de imputações feitas em face de sua pessoa (BENTO, 2007, p. 37).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamou em seu art. 9º que "todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda de sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei".

O princípio da presunção de inocência contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 referia-se principalmente ao tratamento do acusado no curso do processo, ou seja, presumia-se inocente até a declaração de sentença judicial, em que haveria uma decisão de condenação ou absolvição. Disso decorrem limitações às restrições dos direitos individuais, em especial às medidas cautelares durante a fase instrutória, tais como a prisão preventiva sem prazo certo e a aplicação de formas de antecipação de pena, como suplícios. O processo inquisitório dá lugar ao processo penal acusatório, com uma fase preliminar escrita, secreta e sem contraditório e uma fase instrutória, com a oralidade, a publicidade e o contraditório. Isso denotou a coibição tanto da diminuição social, moral e física do acusado, que passou a ser tratado como se fosse inocente, quanto da aplicação de qualquer medida restritiva de direitos com função de sanção, ou seja, como antecipação da pena (VARALDA, 2007, p. 20-21).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 enfatizou que:

> Art. 11.
> 1. 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.
>
> 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Bobbio (1992, p. 30), salienta que a DUDH contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais.

Deflui daí que a Declaração Universal de Direitos Humanos cingiu-se à regra probatória ou de juízo a interpretação da presunção de inocência, ao impor à acusação o ônus da prova sobre o fato criminoso e culpabilidade do acusado; a vedação de produção de prova contra si e o direito ao silêncio do acusado e a absolvição em caso de dúvida do juiz com a análise das provas (VARALDA, 2007, p. 28-29).

Nesse sentido, Vilela (2005, p. 60) registra que de acordo com o princípio de presunção de inocência ninguém pode ser perseguido a não ser nos casos e de acordo com a forma prevista na lei; ninguém poderá ser julgado sem que tenha sido devidamente citado e chamado; enquanto o arguído não seja declarado culpado por uma decisão com força de caso julgado considera-se inocente; o acusado tem o direito de apresentar a sua defesa livremente, e de discutir os elementos de prova contra si reunidos; a prova incumbe à parte que acusa e em matéria de repressão deve ser usada contenção e, por último, a dúvida beneficia o acusado.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 promulgado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 preceitua em seu art.14, item 2, que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" e as regras mínimas da Organização das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude também conhecidas como as Regras de Beijing referente aos direitos dos jovens em seu item 7.1 estabelecem que:

> Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

As Regras mínimas para a proteção dos jovens privados de liberdade da Organização das Nações Unidas, inciso III, item 17 sobre os "menores sob detenção ou que aguardam julgamento" que orientam no sentido de que:

> Os menores que estão detidos preventivamente ou que aguardam julgamento (não julgados) presumem-se inocentes e serão tratados como tal. A detenção antes do julgamento deve ser evitada, na medida do possível, e limitada a circunstâncias excepcionais. Devem, por isso, ser feitos todos os esforços para se aplicarem medidas alternativas. No entanto, quando se recorrer à detenção preventiva, os tribunais de menores e os órgãos de investigação tratarão tais casos com a maior urgência, a fim de assegurar a mínima duração possível da detenção. Os detidos sem julgamento devem estar separados dos menores condenados.

Por último, as regras mínimas para o tratamento dos reclusos em seu art. 84.2 estabelecem que "os presos não julgados presumem-se inocentes e como tal devem ser tratados".

Por seu turno, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01), proclamada em Nice, em 07 de dezembro de 2000 em seu art. 48.1 estabelece que "todo o arguído se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa".

Embora a Carta não possua valor jurídico vinculativo, reconheceu-se o seu valor político, cujos objetivos primordiais foram explicados em seu preâmbulo "é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica". As referidas convenções obrigam os Estados signatários a assegurarem direitos aos seus cidadãos, considerados sujeitos de direito internacional convencional, que passaram a ter acesso direto às instâncias internacionais (Tribunal Europeu e o Tribunal Americano), quando se considerarem afetados no gozo dos direitos prescritos nas convenções às quais aderiram (VARALDA, 2007, p. 30-31).

A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi assinada em 22 de novembro de 1969 na Conferência de San José, Costa Rica, mas o Brasil tomou parte apenas em 25 de novembro de 1992, estipulando como ressalva duas cláusulas facultativas: a do art. 45, 1º, que concede competência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados acerca do descumprimento de alguma das obrigações impostas pelo pacto, e a constante no art. 62, 1º, que estipula a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar os casos de violação denunciados. Todavia, pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a Convenção foi aceita no Brasil e, por meio de Decreto Legislativo de novembro de 1998, a cláusula de jurisdição obrigatória foi acatada (COMPARATO, 1999, p. 332), (CAMARGO, 2005, p. 296).

Segundo Gomes Filho (1991, p. 20), a CADH reproduziu as determinações listadas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, repetindo inclusive a previsão da presunção de inocência nos mesmos termos anteriores, como consta no seu art. 8.2 que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Além da presunção de inocência, a CADH garante também o direito de recorrer, e por isso é citada na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, como fundamento de revogação do art. 594 do Código de Processo Penal brasileiro que exigia a prisão como

requisito para apelação. Todo esse quadro de legalização da presunção de inocência é retrato do franco reconhecimento de sua projeção internacional, a qual lhe concedeu tamanha magnitude dentro do Processo Penal, como signo da proteção do *jus libertatis* do indivíduo perante a máquina punitiva estatal (CAMARGO, 2005, p. 297-298).

No Brasil, o parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal prescreve: "os direitos e garantia expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos foram, por fim, reconhecidos com *status* constitucional pelo art. 1º, § 3º, da EC nº 45, publicada no Diário Oficial da União no dia 30 de dezembro de 2004, consolidando no ordenamento jurídico brasileiro um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados, um aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais (PIOVESAN, 2005, p. 8).

Segundo Piovesan (2005, p. 9), por força do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal brasileira, todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, o que afasta o equivocado entendimento de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da introdução do § 3º, do art. 5º, da Constituição pela EC nº 45/2004 seriam recepcionados como lei federal, diante da falta do quórum qualificado de três quintos prescritos no referido parágrafo.

A autora aponta que o § 3º, do art. 5º veio apenas reconhecer de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, já que "não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude do quórum de aprovação."

O avanço democrático brasileiro trouxe o compromisso ao legislador constituinte de 1988 em afirmar a presunção de inocência já consagrada em textos internacionais de direitos humanos. A par disso, estatuiu-se no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira como princípio basilar do Processo Penal, dentro do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Nota-se que a Constituição Federal não fez referência expressa ao termo "presunção de inocência" prosperando a opção doutrinária e jurisprudencial ao modelo que privilegia o *jus libertatis* frente ao *jus puniendi*, garantindo ao indivíduo um significado amplo da presunção de inocência (VARALDA, 2007, p. 44-46).

O significado amplo do preceito tornou-se inquestionável com a possibilidade do reconhecimento de *status* constitucional do art. 8º, inciso I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo art. 1º, § 3º, da EC nº 45, publicada no DOU, no dia 30 de dezembro de 2004, já que sua redação, conjugada com os ditames do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, completam-se, expressando dois aspectos fundamentais da garantia (regra probatória e regra de tratamento). Vale dizer que, no Brasil, a presunção de inocência está presente não apenas perante as garantias constitucionais do processo penal, mas também em qualquer fase administrativa ou jurisdicional, cuja decisão implique em caráter sancionador ou limitador de direitos. Até o trânsito em julgado de sentença condenatória, o réu tem o direito público subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado (VARALDA, 2007, p. 47-48).

A presunção de inocência constitui, assim, no Estado de Direito, o pressuposto e o parâmetro de todas as atividades estatais concernentes à repressão criminal (GOMES FILHO, 1992, p. 19), ou melhor, o Estado de Direito é o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão na e para a vida em comum dos homens, tal e como estavam formulados na tradição da teoria do direito racional (BÖCKENFÖRD, 2000, p. 19).

A NATUREZA JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DE NÃO CULPABILIDADE)

A natureza jurídica da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) é bastante controvertida. Um setor doutrinário considera que se trata de uma *praesumptiones iuris tantum*, isto é, do ponto de vista normativa a presunção deve ser entendida como norma jurídica que pode ser afastada por "prova contrária efetiva". A presunção de inocência se desconecta da verdade e se encaminha à proteção de outros valores. Não parece que haja regra de experiência que leve o legislador a pensar que, em geral, os acusados são inocentes. A presunção de inocência não está fundada sobre uma probabilidade empírica de condenação, mas constitui regra de dever ser, que conduz o legislador a estabelecer uma garantia processual dirigida a proteger valores ideológicos ou políticos e técnicos: o valor ideológico é a garantia da posição de liberdade do acusado em face do interesse coletivo à repressão penal, enquanto o valor técnico ou instrumental se plasma na segurança jurídica ao indicar ao juiz a regra de julgamento a fim de evitar que possa produzir um resultado indesejável (a condenação de inocentes), (GOMES FILHO, 2006, p. 319), (SANGUINÉ, 2014, p. 190).

Outro setor doutrinário considera que não se trata de uma autêntica presunção em sentido técnico-processual, pois lhe faltam praticamente todos os elementos, nem de uma regra de ônus da prova, mas sim um direito fundamental que serve como verdadeiro princípio informador irrenunciável de todas as fases do processo penal em matéria de valoração da prova e de adoção de medidas cautelares restritivas de direitos constitucionais, incluído entre as chamadas verdades interinas ou provisórias (de caráter probatório), destinada a proteger o acusado e afastar o juiz (bem como os poderes públicos e hoje os meios de comunicação) de um prejulgamento social de culpabilidade baseado na mera suspeita. Desta maneira, a presunção de inocência opera em todos os casos em que a culpabilidade do acusado permanece na incerteza, substituindo esta pela certeza da inocência do acusado. Portanto, a presunção de inocência funciona no processo penal como se fosse uma presunção *iuris tantum*, que produz seus efeitos até que seja deslocada por uma prova em sentido contrário da certeza jurídica da culpabilidade (SANGUINÉ, 2014, p. 190-191).

A presunção de inocência como regra de tratamento do imputado produz efeitos também em favor do cidadão suspeito desde a fase investigatória ou instrutória em relação à prisão provisória, precisamente quando a garantia é mais necessária contra juízos apressados que podem levar à identificação do simples suspeito com o culpado, bem como durante todo o desenvolvimento do processo penal (GOMES FILHO, 2006, 126).

Entretanto, na medida em que se considera compatível a prisão provisória com a presunção de inocência e com o princípio *nulla poena sine praevio iudicio*, torna-se questão primordial estabelecer quais os critérios que regerão o juízo sobre normas cautelares e, sobretudo, conhecer qual o nexo que subsiste com o julgamento final que anuncia a aplicação das normas penais. A proibição de equiparar o tratamento processual do imputado ao culpado implica a impossibilidade de expressar uma valoração antecipada de responsabilidade e impede, portanto, que a privação da liberdade *ante iudicatum* possa encontrar seu fundamento justificativo, ainda que provisório, em apreciações sobre o mérito da imputação. Afirmar que o cidadão se presume inocente implica a proibição de infligir-lhe uma "pena pela suspeita" (SANGUINÉ, 2014, p. 192).

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO DIREITOS RESTRINGÍVEIS

Para Sanguiné (2014, p. 49), existe praticamente um consenso na doutrina e na jurisprudência constitucional acerca do caráter limitado – não absoluto – dos direitos constitucionais. Como nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de

maneira ilimitada, predomina a ideia de que estes não são absolutos, isto é, blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva. Portanto, os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições e podem ser restringíveis ou limitados.

Isso ocorre porque os direitos fundamentais estão reconhecidos normalmente em normas constitucionais com forma de princípios: se trata de mandados de otimização abertos e indeterminados, que, ao contrário das regras – que emitem comandos definitivos, com base no "tudo ou nada", podem ser cumpridas ou não – estabelecem obrigações de proteção ou promoção que são cumpridas em diferentes graus, ou seja, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque podem cumprir-se em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos, o que exige sejam ponderados com outros mandados similares (ALEXY, 2007, p. 67 e ss.), (BARROSO, 2009, p. 207 e ss.), (SANGUINÉ, 2014, p. 50).

A discussão sobre a possibilidade de restringir os direitos fundamentais conduz ao debate sobre as chamadas teorias das restrições: a teoria externa e a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais.

Para a "teoria externa" (ou teoria das restrições aos direitos resultantes dos direitos dos outros ou impostas por lei), há dois objetos jurídicos diferentes: o primeiro objeto é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo limitado ou restringido. Sempre que um direito existe, há uma norma que garante esse direito. Depois, estabelecem-se normas restritivas destes direitos. O esquema básico deste pensamento consiste na regra do direito e a exceção da restrição. Portanto, os direitos se apresentam primordial ou exclusivamente como direitos restringidos. Por isso, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Esta relação somente se cria por meio da necessidade, externa ao direito, de fazer compatíveis entre si os direitos de diferentes indivíduos, assim como os direitos individuais e os bens coletivos. O exame de um direito limitado se realiza necessariamente em duas etapas. Na primeira se pergunta se a consequência jurídica buscada forma parte do conteúdo do direito *prima facie*. Se isso é assim, em uma segunda etapa se examina se o direito *prima facie* foi limitado legitimamente no caso concreto, de tal forma que já não se tenha um direito definitivo. A teoria dos direitos restringíveis ou teoria externa está assim apta para reconstruir a colisão entre objetos normativos, em especial, a colisão

entre direitos e bens coletivos (ALEXY, 2007, p. 240), (SANGUINÉ, 2014, p. 50-51), (BOROWSKI, 2003, p. 66-68), (SARLET, 1998, p. 389).

Por sua parte, segundo a "teoria interna" dos direitos (ou teoria dos limites imanentes), existe desde o início o direito com seu conteúdo determinado de antemão; ele já nasce com seus limites. Toda posição jurídica que exceda dito direito predeterminado não existe. Desde este ponto de vista, há somente um objeto normativo: o direito com seus limites concretos. O conceito de restrição é substituído pelo de "limites imanentes" ou fronteiras implícitas apriorísticas. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve ou não ser limitado, mas a respeito de qual é seu conteúdo. Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna desnecessária e impossível (ALEXY, 2007, p. 240-241), (SANGUINÉ, 2014, p. 51), (BOROWSKI, 2003, p. 68-69), (SARLET, 1998, p. 388).

Portanto, cabe falar de "restrições aos direitos fundamentais" no sentido de que o que se pode restringir são os bens protegidos pelos direitos fundamentais (as liberdades/as situações/as posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* conferidas pelos princípios de direito fundamental. Os princípios de direito fundamental exigem uma proteção o mais ampla possível dos bens protegidos, ou seja, uma proteção o mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física etc. Por isso, a restrição de um bem protegido é sempre a restrição de uma posição *prima facie* conferida pelo princípio de direito fundamental. Destarte, as restrições aos direitos fundamentais são normas que restringem as posições *prima facie* de direito fundamental. Porém, as normas podem ser restrições aos direitos fundamentais somente se são constitucionais. Se não o é, sua criação pode ter o caráter de uma intervenção, porém não de uma restrição. Os direitos fundamentais são sempre ou normas de categoria constitucional ou normas de categoria inferior à da Constituição, que normas de categoria constitucional autorizam a impor restrições (ALEXY, 2007, p. 243-244 e 248-249), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

Ademais, não somente as regras, mas também os princípios formam parte das normas que podem ser restrições aos direitos fundamentais nos casos em que constituam uma razão para que, em lugar de uma liberdade ou de um direito fundamental *prima facie*, apareça uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo. Quando se afirma que os direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional podem limitar direitos fundamentais, se faz referência às restrições dos direitos fundamentais que têm o caráter de princípios. (ALEXY, 2007, p. 246-247), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

OS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação às espécies de limitações, há consenso no sentido de que os direitos fundamentais podem ser restringidos: a) tanto por expressa disposição constitucional como por b) norma legal promulgada com fundamento na Constituição, aqui se incluindo as restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja, direta (estabelecida pela própria Constituição), seja indiretamente (estabelecida por lei – reserva legal simples ou qualificada), um fundamento constitucional (SARLET, 1998, p. 391-392 e ss.).

Para a restrição válida de um direito fundamental, não basta que o legislador vise à salvaguarda de um interesse geral, mas é necessário, além disso, que esse interesse seja direta ou indiretamente relacionável a um valor ou bem jurídico constitucionalmente garantido. Trata-se da "doutrina dos limites imanentes", expressada por fórmulas como "nenhum direito é absoluto" ou "todos os direitos são limitados", que sustenta que, independentemente de que o correspondente enunciado constitucional preveja ou não a possibilidade de restrição legislativa, todo direito fundamental fica limitado pela necessidade de fazê-lo compatível com os demais direitos e bens jurídicos protegidos pela Constituição; o que conduz a expor toda intervenção legislativa nesta matéria como a busca de uma solução à colisão entre direitos e bens jurídicos de *status* constitucional e, portanto, como um exercício de ponderação (DÍEZ-PICAZO, 2005, p. 117), (SANGUINÉ, 2014, p. 56).

Como complemento à questão da delimitação dos direitos fundamentais, alguns critérios da hermenêutica constitucional concernente aos direitos fundamentais devem ser levados em conta nesse processo de delimitação: a) o "princípio da unidade da Constituição" – segundo o qual as normas constitucionais devem ser aplicadas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios instituídos pela própria Constituição; b) o princípio da "concordância prática" ou "harmonização" ou "otimização": a ambos os direitos devem ser traçados limites no caso concreto, para que ambos possam chegar à eficácia ótima, evitando que um seja realizado à custa do outro, ou a aniquilação do direito não prevalente. A concreta conciliação dos preceitos constitucionais permite a restrição necessária e proporcional do exercício dos direitos, mas não pode implicar o sacrifício ou supressão unilateral de um deles em benefício total do outro. Antes, exige uma ponderação em que ambos sejam preservados na maior medida possível e sejam sacrificados

na menor medida possível (HESSE, 1998, p. 66-67), (SANGUINÉ, 2014, p. 59-60), (MORAES, 2007, p. 27).

Também pode ser útil o princípio da interpretação conforme a Constituição, que abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais, escolhendo, entre interpretações possíveis, a que tem mais afinidade com a Constituição. Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma interpretação corretiva que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. (BARROSO, 2009, p. 301), (SANGUINÉ, 2014, p. 60-61).

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DE NÃO CULPABILIDADE)

Para Santos (2003, p. 214-224), o avanço tecnológico propicia o surgimento de novas figuras criminais, sobretudo no âmbito socioeconômico, cuja potencialidade lesiva é, em geral, superior à tradicional delinquência (violência, imediatidade e pessoalidade), que não possui reservas imunitárias para enfrentar este novo criminoso, organizado, intelectual e tecnologicamente.

Torna-se necessária a revisão dos tradicionais conceitos dogmáticos de culpa, culpabilidade e pena, reescrevendo um panorama teórico mais realista e factível, intimamente relacionado às modernas demandas sociais. As relações econômicas tendem a ser impessoais, anônimas e automáticas, possibilitando, por conseguinte, uma criminalidade organizada pautada em aparatos tecnológicos e caracterizada pelo racionalismo, astúcia e diluição de seu efeitos. As dificuldades ao combate às novas criminalidades econômicas, a dificuldade de identificação do agente, em face da tecnologia moderna – verdadeiro fator potencializador do fenômeno, que aumenta a quantidade de indivíduos passíveis de inserção; o anonimato do delinquente e a própria turbação de delito, afetando a visibilidade social da infração (OLIVEIRA, 1995, p. 231-233), (VARALDA, 2007, p. 80).

Dessa forma, a criminalidade organizada consegue facilmente neutralizar os mecanismos de repressão criminal, seja pela utilização de mecanismos de dissimulação e pulverização de responsabilidade, seja pela crise de eficácia do sistema penal, com o estabelecimento de áreas de influência pela força e pela cooptação de autoridades. A sanção penal atinge apenas a camada social que não dispõe de recursos suficientes para operar sobre a disfuncionalidade do sistema penal, cujos órgãos de investigação são altamente passíveis de manipulação, o que, por consequência, adia ou inviabilização a ação do Poder Judiciário (VARALDA, 2007, p. 103).

Os instrumentos jurídicos fundados em critérios estritamente de pessoalidade e em tipos penais fechados prosseguem ao lado das novas relações sociais crescentemente impessoais. Por sua vez, fatos lesivos ao interesse geral tipificados como crime não devem ficar adstritos apenas à aferição de lesão a interesses individuais, pois ferem valores que ultrapassam a esfera pessoal. Essa inadequação recoloca a questão da impunidade em face da dificuldade de responsabilização criminal, cujas condutas impessoais das relações de consumo e econômica, por exemplo, são consideradas separada e isoladamente, o que acabam por emperrar a reprimenda aos efetivos causadores do dano, detentores das decisões fundamentais da empresa criminosa (SALLES, 1995, p. 105-106).

Percebe-se que a nova criminalidade, em especial, o crime organizado, nada tem a ver com a velha, em que a repressão aos pobres, aos excluídos, aos desempregados que se enveredam no mundo do crime e povoam as prisões com vistas à ressocialização. Dessa nova ordem de valores decorrem tensões principiológicas (material e processual), nomeadamente ao princípio da tipicidade da pena, ao princípio da legalidade, à igualdade das armas, ao princípio da presunção de inocência, ao ônus da prova, que devem ceder espaço à proporcionalidade (VARALDA, 2007, p. 131).

Seja como for, o certo é que o fenômeno da expansão congloba a relativização de princípios de garantia e regras de imputação no âmbito da criminalidade dos poderosos, diante da inoperância dos instrumentos postos à disposição do Estado ao controle eficaz da macrocriminalidade. Tal fenômeno, insere-se claramente em uma órbita geral de restrição, ou na melhor das hipóteses, de “reinterpretação” das garantias clássicas do direito penal e, isso devido à vinculação, dentre outras circunstâncias, com a natureza dos bens jurídicos que pretendem ser protegidos (bens jurídicos supra-individuais), com a técnica de tipificação utilizada (delitos de perigo abstrato) e com a autoria nesse âmbito (criminalidade organizada, de caráter transnacional etc.), (CRESPO, 2004, p. 36).

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (OU DA NÃO CULPABILIDADE) NA INTERPRETAÇÃO DO STF: O CASO DO JULGAMENTO DO HC 126.292

Em decisão durante o julgamento do HC 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal brasileiro modificou sua jurisprudência e firmou o entendimento no sentido de permitir a execução provisória da pena após a confirmação de condenações criminais em segunda instância.

A decisão se deu por maioria de sete a quatro, sendo vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Em seu voto, o Relator destacou, em outras palavras o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção de inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

Destaca o trecho do artigo de autoria do Min. Gilmar Mendes, no sentido de que:

> No que se refere ao princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), seu núcleo essencial impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Além disso, a garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. O que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa.

Para o Min. Gilmar Mendes os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP) e mesmo da tradição, não têm efeito suspensivo. A análise das questões federais e constitucionais em recursos extraordinários, ainda que decorra da provocação da parte recorrente, serve preponderantemente não ao interesse do postulante, mas ao interesse coletivo no desenvolvimento e aperfeiçoamento da jurisprudência. Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável, força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos.

Na mesma linha, o Rel. Teori Zavascki defendeu o entendimento de que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da presunção de inocência (ou da não culpabilidade), na medida em que o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Para o Min. Gilmar Mendes, o que se quer dizer é que a própria credibilidade das instituições em geral, e da justiça em particular, fica abalada se o condenado por crime grave não é chamado a cumprir sua pena em tempo razoável. Além disso, a condenação pelo Tribunal atesta os fatos com soberania. Se foi imposta, após o julgamento colegiado, uma pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, é porque houve um fato grave, atestado quando sua existência e autoria, pelas instâncias ordinárias.

Assim, esgotadas as vias ordinárias, com imposição de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, o cumprimento da pena se justifica para a garantia da ordem pública. Em suma, seja porque a presunção de inocência é um direito com âmbito de proteção normativo, passível de conformação pela legislação ordinária; seja porque a garantia da ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias, conclui o Min. Gilmar Mendes.

No voto do Relator ainda se extrai que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo. Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC nº 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o STF somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se

vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

É relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituir um instrumento de garantia da presunção de inocência (ou de não culpabilidade) do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à presunção de inocência é um direito fundamental com conteúdo normativo processual que se prega a todos os cidadãos, e em virtude do qual toda pessoa é inocente até que se declare sua culpabilidade ou responsabilidade em uma decisão definitiva, incumbindo aos Tribunais a tarefa de velar pelo seu cumprimento, evitando com sua atividade o descumprimento de um preceito imperativo de ordem pública de suprema aplicação, que deve estar vigente em todo tipo de jurisdição (ARIAS, 1985, p. 48-50).

Dessa forma, a inscrição da presunção de inocência na Lei Maior cumpre apenas uma função político-retórica de incutir no cidadão a ideia segundo a qual o direito penal deve observar todas as garantias para o acusado, considerando-o inocente antes da condenação definitiva (GOMES FILHO, 1992, p. 8-11).

Inobstante, o caráter de princípio das normas de direito fundamental deriva, não somente que, em razão dos princípios contrapostos, os direitos fundamentais estão restringidos e são restringíveis, mas que também suas restrições e a possibilidade de restringi-los, são restringidas. Uma restrição aos direitos fundamentais somente é admissível se no caso concreto aos princípios contrapostos lhes corresponde um peso maior que aquele que corresponde ao princípio de direito fundamental. Por isso os direitos fundamentais, em si mesmos, são restrições às suas restrições e à possibilidade de restringi-los (ALEXY, 2007, p. 257), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

Se os direitos fundamentais não são absolutos, devem ser conciliados ou harmonizados com outros bens. Porém, nem todo bem social em abstrato ou princípio juridicamente protegível pode atuar como limite dos direitos fundamentais, mas deve tratar-se de fins sociais ou gerais que constituam em si mesmos valores constitucionalmente

reconhecidos e a prioridade deve resultar da própria Constituição (SANGUINÉ, 2014, p. 54-55).

Conforme Varalda (2007, p. 81-87, 98), torna-se necessária a ampliação dos meios de defesa social em face das organizações criminosas, munidas de entes coletivos com qualificação jurídica como pessoa, aptas à realização de fatos típicos e antijurídicos. Ao contrário das organizações político-partidárias, o crime organizado não almeja conquistar os Poderes do Estado, mas sim dominá-los para manter-se por detrás, induzindo decisões. A clandestinidade possibilita à organização criminosa ampla liberdade de atuação em seus fins ilícitos. Além disso, as infrações de Direito Econômico perpetradas pelas pessoas morais são de massa, contra interesses coletivos e difusos (bem supra-individual), cuja ofensa não se mostra particularizada e precisa (dano social). A delinquência da globalização pode chegar a modificar a concepção da teoria do delito, assim como as garantias formais e materiais do direito penal e processo penal.

Caberá ao Poder Judiciário, seja através dos métodos de interpretação, seja da análise da essência e do contexto que melhor exprimem os valores da Constituição Federal quando da análise da incidência dos elementos parciais do princípio da proporcionalidade, apurar os limites de proteção do princípio da presunção de inocência e, assim, tratar diferentemente os agentes do crime organizado, cujo prejuízo jurídico se irradia imensuradamente à sociedade (VARALDA, 2007, p. 258-259).

Para Mendes (2015), o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se os bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais. Quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito for o âmbito de proteção, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Também não parece incompatível com a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) que a pena passe a ser cumprida, independentemente da tramitação do recurso. O Brasil tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que

cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito (MENDES, 2015).

A presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. Com isso, a execução imediata da pena privativa de liberdade na pendência de recursos extraordinários não deve ser considerada incompatível com a presunção de inocência (ou da não culpabilidade), (MENDES, 2015).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARIAS, Esteban Romero. *La presunción de inocencia.* Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no processo penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM*. Regras mínimas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1985). Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissões-ermanentes/cdhm /comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegrMinNacUniAdmJustInfJuv. html>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM*. Regras mínimas para a proteção dos jovens privados de liberdade (1990). Disponível em: <//www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comi te-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProtMenPrivLib.html>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. *Comissão de Direitos Humanos e Minorias – CDHM*. Regras mínimas para o tratamento dos reclusos (1955). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em 19 mar. 2016.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, Distrito Federal, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). Publicado no *Diário Oficial da União*, Brasília, Distrito Federal, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 126.292-SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Plenário, Data do julgamento: 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>. Acesso em: 22 abr. 2016.

CAMARGO, Monica Ovinski. *Princípio da presunção de inocência no Brasil:* o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguage.* Segunda edición. Buenos Aires: Alberto-Perrot, 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

CRESPO, Eduardo Demétrio. Do direito penal liberal ao "direito penal do inimigo". In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 1, jul.-dez., 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

EUR.LEX. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01)*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000X1218(01)&from=PT>. Acesso em 20 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência. In: *Estudos de direito penal e processual penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prisão cautelar e o princípio da presunção de inocência. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, ano 5, vol. 5, jan.-mar., 1992.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O princípio da presunção de inocência e a prisão cautelar.* São Paulo: Saraiva, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A presunção de não culpabilidade e a orientação do Min. Marco Aurélio*. (2015). Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-09.pdf>. Acesso em 22 abr. 2016.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais:* teoria geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA, William Terra. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 3, nº 11, jul.-set., 1995.

PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição Federal de 1988. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 13, nº 153, ago.-2005.

SALLES, Carlos Alberto. Reforma penal e nova criminalidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 3, nº 12, out.-dez., 1995.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SENADO FRANCÊS. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)*. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional.* 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

UNESCO. *Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

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

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

WOLFGANG BÖCKENFÖRD, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.