XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

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

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC AND THE HUMAN RIGHTS GLOBAL SYSTEM

Alan Peixoto de Oliveira [1]
Cássia Daiane Maier Gloger [2]

Resumo

O presente trabalho visa explicitar a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade. Para isso faz uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário. O estudo, por meio de revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial, sustenta a compatibilidade da norma constitucional com o Sistema Global de Direitos Humanos das Nações Unidas e a compatibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Direitos humanos, Sustentabilidade, Execução penal, Trânsito em julgado

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims at clarifying the compatibility of the constitutional norm, as drafted in the Constitution of the Republic with the provisional execution of the custodial sentence, Principle of Sustainability. In order to do so, it reconstitutes the Human Rights Global System foreseen in the international documents of which Brazil is a signatory. The study, through a bibliographical, documentary and jurisprudential review, supports the compatibility of the constitutional norm with the United Nations Global System of Human Rights and the compatibility of the execution of the sentence prior to the final judgment of the conviction

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Presumption of innocence, Human rights, Sustainability, Criminal execution, Final decision

---

[1] Juiz de Direito. Mestrando em Direito do PPGD-IMED

[2] Advogada. Mestranda em Direito do PPGD-IMED

1 INTRODUÇÃO

No campo dos Direitos Humanos fundamentais, com as decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da vigência da Carta Republicana de 1988 acerca da execução provisória da pena desde o julgamento do Habeas Corpus nº 84078, relatado pelo Ministro Eros Grau, do Habeas Corpus nº 126292, relatado pelo Ministro Teori Zavascki e, mais recentemente no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o meio jurídico vive um intenso debate quanto ao alcance de um princípios constitucionais basilares do sistema de justiça pátrio.

Em meio s discussões acadêmicas e judiciais, a República Federativa do Brasil *"tem sido questionada em organismos internacionais de tutela dos direitos humanos em razão da ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos"* (FACCHIN), como bem ilustrou o Ministro Edson Fachin em seu Voto na ADC 44. Na oportunidade, para sustentar a possibilidade de execução provisória da pena, o Ministro colacionou uma série de casos que levaram a República Brasileira a responder pela violação ao Sistema Global de Direitos Humanos, previstos em vários Pactos Internacionais dos quais o país é signatário[1], como a Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH, de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica -, de 1969.

O principal motivo desses questionamentos é a falta de punição às violações de Direitos Humanos tipificadas como crime, devido a falta de efetividade do sistema de persecução penal brasileiro, que não consegue investigar, processar, julgar e executar a punição

---

[1] MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 44. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 26/48. 2016. Acórdão. Inteiro teor. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 11847763. Os casos referidos no Voto são: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001. CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203 CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emasculados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006.

em tempo razoável, a ponto de exercer uma função de prevenção geral, cuja função seria evitar a ocorrência de novas violações.

Nesse cenário, a garantia constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, assumiria um papel, por vezes, diverso daquele para qual foi concebida, para se tornar um fator de impunidade impeditivo da justa punição dos infratores da legislação penal, devido a forma em que está redigida na Carta Republicana Brasileira, condicionando o reconhecimento da culpa ao transito em julgado de sentença penal condenatória.

De outro lado, a Sustentabilidade, em sua dimensão social, como paradigma de manutenção da vida na Terra (AQUINO, 2014, p. 46), pode contribuir com uma visão solidária do instituto da presunção da inocência, até aqui tratado na sua concepção individualista de cidadania.

Assim, o presente trabalho busca investigar o Princípio da Sustentabilidade como permissivo da execução provisória da sentença penal condenatória, ou seja, a possibilidade do recolhimento ao cárcere em razão da condenação criminal, a partir do esgotamento dos recursos ordinários, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença ou acórdão penal condenatório, sopesando a proteção individual (do condenado), com a proteção coletiva (da sociedade), no âmbito dos direitos humanos fundamentais.

Para isso será utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica, por meio de revisão bibliográfica dos documentos internacionais, legislação, jurisprudência e textos doutrinários a respeito do tema.

2 PRESUNÇÃO DE INOCENCIA: DAS CARTAS DE DIREITOS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Desde de o reconhecimento da presunção de inocência nas primeiras cartas de direitos, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, passando pelos pactos multilaterais, como a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, até a positivação na atual Carta Política, a presunção de inocência sofreu um processo histórico de mutações, que será tratado neste capítulo.

2.1 Constituição da República de 1988

A Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, setenta disposições transitórias, e precedida de um *Preambulo*, foi aclamada como "Constituição cidadã". No título I, dedicado aos *Princípios Fundamentais,* foram enunciados os fundamentos, objetivos e princípios que deveriam reger a República em suas relações internas e externas. O Título II trouxe para a parte inicial do texto constitucional *Os direitos e Garantias Fundamentais,* demonstrando a primazia desses direitos, em sintonia com a nova ordem constitucional surgida a partir do segundo pós-guerra (BARROSO, 2017. p. 495).

Essa Carta Política marcou "*a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito"* (BARROSO, 2017. p. 496). Nela restou insculpido o princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, em seu art. 5º, Inciso LVII, com a seguinte redação: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".*

Já o § 2º, do precitado artigo, dispôs: *Os direitos e garantias 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.*

Dessa forma é possível constatar que a Constituição da República de 1988, além dos diretos humanos fundamentais elencados no próprio texto, internalizou no direito pátrio o Sistema Global de Direitos Humanos que emergiu do segundo pós-guerra, como já havia ocorrido em outras Cartas, como as da Alemanha e da Itália. (BARROSO, 2017, p. 281) Essa nova ordem constitucional resulta da criação Organização Nações Unidas após o flagelo provocado pela segunda guerra mundial e dos Documentos Internacionais que serão estudados no capítulo seguinte.

2.2 As Cartas de Direitos: primeiros documentos que reconheceram os *Direitos Humanos*

A presunção de inocência, como direito humano fundamental, resulta do desenvolvimento dos direitos humanos, num longo processo histórico, resultando no seu reconhecimento a partir Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, em vários documentos desde então, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a

Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950), além de outros documentos de caráter regional.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776, já no seu primeiro artigo traz: *"todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade".* (GRUBBA, 2017, p. 27). Esse documento, seguido da Declaração de Independência Americana, deu origem ao constitucionalismo moderno (FACCHI, p. 52) e ao reconhecimento de uma nova categoria de direitos, a dos direitos fundamentais (GRUBA, 2017, p.27).

O artigo VIII da Carta da Virginia estabelecia:

> Que em todo processo criminal incluídos naqueles em que se pede a pena capital, o acusado tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, ser acareado com seus acusadores e testemunhas, pedir provas em seu favor e a ser julgado, rapidamente, por um júri imparcial de doze homens de sua comunidade, sem o consentimento unânime dos quais, não se poderá considerá-lo culpado; tampouco pode-se obrigá-lo a testemunhar contra si próprio; e que ninguém seja privado de sua liberdade, salvo por mandado legal do país ou por julgamento de seus pares[2].

A Carta da Virginia serviu de modelo, consagrando como direitos inatos e indisponíveis: *"o usufruto da vida, da liberdade, através da aquisição e posse da propriedade, e perseguir e alcançar felicidade e segurança".* Também garantiu o habeas corpus, destinando ao instituto um amplo espaço, *"isto é, aos direitos que protegem o individuo contra o uso arbitrário da força pelo Estado e preveem garantias nos procedimentos dos processos penais"*, o que inspirou várias constituições que se sucederam nos vários Estados americanos, culminando, em 1791, com a *Federal Bill of Rights*. A Declaração Federal de Direitos foi constituída pelas 10 primeiras emendas, ainda vigorantes, e elencou, entre outros, direitos, a liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de reunião, o direito de petição, de portar armas, e, com particular destaque *"a proteção da liberdade, da incolumidade e dos bens e pessoas submetidas a processo penal* (FACCHI, 2011, p. 54-55).

---

[2] Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Declaração de direitos do bom povo de Virgínia - 1776

Dessa forma, as Cartas americanas, inspiradas por ideais iluministas, consolidaram garantias processuais aos acusados, que já eram observadas nas Declarações de Direitos e na cultura jurídica anglo-saxã, desde a Magna Carta (FACCHI, 2011, p. 55).

Na sequência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 fruto da revolução francesa, é o documento que reflete os ideais revolucionários, rompendo com a sociedade feudal que vigorava há vários séculos, colocando o indivíduo, independentemente de suas posses ou origem, como sujeito de direitos. *"Ele permanecerá na história com a primeira Carta dos direitos universais, o documento que marca uma virada na civilização ocidental, proclamando princípios incompatíveis com o Ancien Régime, e abre uma fase de estruturas políticas e sociais radicalmente diferentes*" (FACCHI, 2011, p. 56).

O documento publicado pela Assembleia francesa é composto de um preâmbulo e 17 artigos. Define como direitos "naturais e imprescritíveis" a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração reconhece também a igualdade, especialmente perante a lei e a justiça, bem como o princípio da separação entre os poderes[3].

No tocante às garantias dos acusados, restou estabelecido que:

> Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei. ... Art. 7.º - Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência. ... Art. 9.º - Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei[4].

Note-se que o artigo 9º, que consagra o princípio da presunção de inocência, está precedido do artigo 4º, que estabelece como limite à liberdade do indivíduo, a liberdade alheia, com limites exclusivos na lei, e do artigo 7º, que veda a prisão ilegal, ou seja, "*remete à lei a especificação, única válida, de quando e como poderia alguém ser retido ou detido." (*BATISTI. 2009.p. 31), e do artigo 8.º, que dispunha: *A lei só deve estabelecer penas estrita e*

---

[3] www.senat.fr
[4] www.senat.fr

evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Assim, o precitado documento, na redação da Assembleia francesa, numa leitura analítica dos artigos 7º e 9º, que o princípio da presunção de inocência visa coibir a prisão ilegal, ou os excessos na prisão autorizada pela lei, estabelecendo, ainda, que a lei deve reprimir qualquer rigor desnecessário na efetivação da prisão. Como se vê, não havia correspondência da presunção inocência com a imposição da pena pela prática de delito, mas, apenas, com o devido processo legal (BATISTI. 2009 p. 32), ou dito de outra forma, a prisão, observado o devido processo legal, não encontrava óbice na presunção de inocência.

2.3 Sistema Global de Direitos Humanos

A partir desses antecedentes históricos que introduziram o princípio em estudo, no segundo pós-guerra as nações se uniram para criar uma organização internacional, a Organização das Nações Unidas - ONU[5], cuja criação possibilitou o surgimento do se pode denominar Sistema Global de Direitos Humanos, "isto é, o que se entende por direitos humanos no mundo contemporâneo" (GRUBBA, 2017, p. 32) e que, por óbvio, viria a dar o contorno do princípio da presunção de inocência na ordem global.

A ONU possibilitou o surgimento de uma legislação internacional - Tratados, Declarações e Pactos, cujo propósito é constituir um sistema de alcance global a fim de garantir, além da paz e da segurança mundial, o respeito aos direitos humanos, estabelecendo obrigações que os Estados devem respeitar ao tomar parte nos tratados. (GRUBBA, 2017, p. 39).

O preâmbulo do documento de fundação da Organização, do qual o Brasil foi um dos países signatários, já demonstra que um dos motivos da criação da ONU é

> [...] reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras

[5] A Carta das Nações Unidas, documento que formalmente deu origem à Organização, foi elaborada na data de 25 de abril a 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, no estado da Califórnia, nos Estados Unidos da América. A Carta foi elaborada pelos representantes dos cinquenta países presentes à Conferência sobre Organização Internacional (GRUBBA. 2016. p.60)

> fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla[6].

Nesse contexto a ONU proclamou a Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH, pela Resolução 217-A, da Assembleia-Geral da Organização, em 10 de dezembro de 1948. Concertado como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, esse documento foi subscrito pelo Brasil desde a data de sua promulgação (GRUBBA, 2017, p. 67).

A DUDH reconheceu várias garantias de direitos fundamentais, sendo algumas delas de especial relevo para o estudo ora proposto, como as que reconheceram o direito de não sofrer exilio, prisão ou detenção arbitrários, ao devido processo legal, a efetiva possibilidade de recursos, a irretroatividade da lei penal e a presunção de inocência[7].“

A presunção de inocência, então, restou plasmada no artigo XI do precitado documento com a seguinte redação: *Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*.

Dessa forma é possível observar que a DUDH tratou a presunção de inocência com um enfoque um pouco diverso e de forma mais específica do que a dispensada pela Carta francesa antes mencionada. Ela classifica, pela primeira vez, a presunção de inocência como um Direito, trazendo-a para um plano central. Estabelece também um complemento temporal, que limita sua incidência até a prova da culpabilidade, e um elemento formal: *julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.* (BATISTI, 2009, p. 34).

A DUDH juntamente com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, sociais e Culturais, ambos de 1966,

---

[6]https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf

[7] [...] *artigo oitavo, que toda pessoa tem direito a efetivo recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. O artigo nono afirma que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. O artigo décimo assegurou que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra si...] [... o artigo décimo primeiro afirma duas teses. A primeira tese é a que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que se prove sua culpa, conforme a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa...]. (GRUBBA. 2016.p. 103).*

constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos – *International Bill of Human Rights*, no sentido posto pela primeira onda de direitos humanos das Nações Unidas, porque genéricos e universais. (GRUBBA, 2015, p. 65).

No que pertine ao objeto deste estudo, importa referir que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos detalha direitos fundamentais, ampliando e dando contornos mais efetivos a vários dos direitos elencados. Esse documento foi ratificado pelo Brasil em 24.01.1992 com o depósito da Carta de adesão e foi tornado público pelo Decreto 592, de 06.07.1992 (BATISTI, 2009, p. 38/39).

O Pacto, no artigo 14, estabelece a presunção de inocência como direito humano fundamental, o que implica que assim deverá ser considerada até a decisão final, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa:

> 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma sentença

> condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país[8].

Como se pode constatar, o artigo 14 é dividido em sete itens e corresponde a um conjunto de garantias processuais ao acusado, consistentes em: a) igualdade perante Tribunais e Cortes e de ser ouvida; b) presunção de inocência; c) direito a garantias mínimas durante o processo; d) adequação do processo ao adolescente infrator; e) direito a recurso; f) direito a reparação econômica pelo erro judiciário; g) direito a não ser processado por fato de qual já tenha sido absolvido ou condenado.

Essa redação do precitado artigo 14 permite concluir que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos reconhece presunção de inocência como direito e coloca tal direito juntamente com outros direitos, que configuram princípios ou regras do devido processo legal. (BATISTI, 2009, p.64). Isso porque as regras atinentes à prisão estão previstas, não no artigo 14, mas no artigo 9 do documento:

> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5 Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

---

[8] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

No âmbito regional a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica -, de 1969, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678, de 06.11.1992[9], tratou a presunção de inocência no artigo 8º, como uma *garantia processual*, em meio a um conjunto de garantias a serem observadas no processo penal, assentando, no particular, que toda pessoa deve ser presumida inocente até que se prove legalmente sua culpa. Vejamos:

> 1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Ademais, na mesma linha do Pacto Internacional, a Convenção Americana trata do: a) do direito a vida, com vedação de pena de morte nos países que já a aboliram e para crimes políticos, ou praticados por menores de 18 anos e maiores de 70; b) direito a dignidade do preso, integridade e incolumidade pessoal e proibição de tortura; c) proibição de escravidão e trabalhos forçados; d) direito à liberdade pessoal; e) garantias judiciais; e) anterioridade da lei penal; g) indenização por erro judicial. (BATISTI, 2009, p. 42).

Do que foi visto até aqui é possível recapitular que a presunção de inocência, nas Declarações pré-sistema global de direitos está voltada para a legalidade e o comedimento das

---

[9] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

prisões, ao passo que nas normativas internacionais que conformam o sistema global, a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem das Nações Unidas, foi introduzida uma outra dimensão: a culpabilidade provada. Ainda, os Pactos que detalharam os direitos fundamentais, tanto no plano global – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto no plano regional – Pacto de San Jose da Costa Rica -, reconheceram a presunção de inocência como um direito inserido num contexto de garantias processuais ou judiciais (BATISTI, 2009, p. 42/43).

3 SUSTENTABILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

De difícil conceituação, como assevera Bosselman (2015, p. 24), a Sustentabilidade, assim como a Justiça, não pode ser definida sem uma maior reflexão sobre seus critérios de orientação, valores e princípios.

Nesse sentido, a lição de Aquino:

> A Sustentabilidade, sob o ângulo axiológico, é uma Esfinge, uma criatura que exige dos seres humanos que decifrem o seu enigma. Sob semelhante argumento, a referida categoria torna-se, para os Operadores do Direito, uma autêntica Esfinge jurídica, ou seja, um enigma para o qual nem a legislação consegue apresentar uma resposta clara, precisa, objetiva.
>
> Por esse motivo, observa-se que a Sustentabilidade, considerada como Valor, possui, simultaneamente, caráter subjetivo e objetivo. O primeiro aspecto citado mostra a flexibilidade de se encontrar em cada subjetividade um novo elemento para se constituir outros caminhos possíveis para se aperfeiçoar a Sustentabilidade. (2015. p. 328/329)

A compreensão da Sustentabilidade surgiu a partir do debate ambiental, mas evoluiu ao longo do tempo, para ser reconhecida como Categoria que orienta a construção de uma Sociedade justa e solidária, que pode permanecer no tempo. Aceita como um princípio jurídico reconhecido, a sustentabilidade informa todo o sistema jurídico, e não apenas as leis ambientais (BOSSELMAN, 2015), de forma que mesmo os direitos humanos de primeira geração, devem ser interpretados a luz desse princípio:

> “Dessa forma, se de fato a sustentabilidade deve ser considerada um novo paradigma, sua função é conduzir e delinear toda a produção científica, em que se incluem as formas de organização social como produtos culturais. Por conseguinte, subsistindo, impera que o novo paradigma seja atrelado, enlaçado, correlacionado, ou ainda fundido com a tutela penal.
>
> Com isso, pretende-se dizer que emerge um novo paradigma sociocultural, ainda não unânime na ciência política e no direito, mas evidente nas ciências naturais, o da sustentabilidade. E apesar de essa nova percepção do mundo surgir em torno da escassez dos recursos naturais e da limitação energética da

> Terra, também tangencia a realidade social fruto da política penal repressiva. Entretanto, a dimensão social dessa potencial ruptura paradigmática ainda parece de difícil conceituação e teorização. Se de fato apresenta-se como paradigma rompedor da modernidade, a sustentabilidade também deverá adentrar na seara das ciências sociais (CELLA, 2015.p. 395)"

Assim, evidencia-se que o princípio da sustentabilidade deve ser considerado, ao lado de outros que conformam o nosso arcabouço jurídico constitucional, não apenas no tocante a eleição dos bens que devem ser protegidos pela lei penal, mas, também, para mitigar o princípio da presunção da inocência, rompendo com o paradigma liberal, a fim de possibilitar a execução provisória da decisão condenatória.

Note-se que s precitados documentos internacionais hoje vigentes exigem, portanto, para afastar a presunção de inocência, a comprovação da culpa. Nenhum deles faz menção ao trânsito em julgado da decisão para derrogar a presunção. A Constituição da República de 1988, contudo, foi além dos instrumentos multilaterais multinacionais, alargando o princípio para o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BATISTI, 2009, p. 224).

Essa ampliação do princípio não representa qualquer incompatibilidade do texto constitucional com instrumentos multilaterais internacionais. Até porque, em matéria de direitos humanos, vige *o princípio pro homine, ou pro persona, por meio do qual o interprete, num dado caso concreto, deve sempre aplicar a norma mais favorável à pessoa* (MAZUOLI. 2018. p. 37). Assim, insustentável o argumento que pretenda afastar a norma constitucional por incompatibilidade com os precitados instrumentos, para restringir o princípio no âmbito doméstico ao modelo formatado nesses documentos.

Nesse contexto, os casos referidos pelo Ministro Fachin[10] em seu voto, serviram para ilustrar que a exigência de trânsito em julgado para a execução da pena, mesmo que não seja a causa, agrava o quadro de falta de punição às violações de Direitos Humanos tipificadas como crime, impedindo a execução da punição em tempo razoável, o que favorece a ocorrência de novas violações. O Ministro aduziu:

> A opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição, e não mais sujeita a recurso com

---

[10] Os casos referidos no Voto são: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, 2001. CORTE IDH. Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C n. 203 CORTE IDH. 2006. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Série C. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2006. Caso Meninos Emasculados do Maranhão. Casos 12.426 e 12.427 contra a República Federativa do Brasil. Solução amistosa de 15 de março de 2006.

> efeito suspensivo, está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF, caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Saltam aos olhos, portanto, os limites e as possibilidades que se podem dar à dicção do art. 5º, LVII, da Constituição da República, ao mencionar "trânsito em julgado." (p. 40).

Forçoso concluir que a questão central do voto não é a incompatibilidade da presunção da inocência na redação do texto constitucional, com o mesmo princípio na seara global, mas, sim, a concepção dessa garantia "*em conexão a outros princípios e regras constitucionais que, levados em consideração com igual ênfase, não permitem a conclusão segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.*" Ou seja, interpretar trânsito em julgado como o esgotamento dos meios de impugnação (recursos) ordinários.

Nesse particular, o princípio da sustentabilidade, por certo, agrega elementos que favorecem a linha interpretativa, pois não se pode conceber uma sociedade sustentável, justa e solidária, que compactue com a impunidade e favoreça a salvaguarda do indivíduo cuja culpa já se encontra formada e confirmada pelas vias ordinárias de apuração e impugnação, de cumprir a punição que lhe for imposta com a observância do devido processo legal.

Isso porque resta insculpido no artigo 3º, Inciso I, da Constituição, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por isso, não se pode conceber a existência de algum direito fundamental que seja considerado de forma absoluta. Nesse particular, calha a lição de Sarlet:

> Nessa perspectiva, há que conciliar o mandamento da máxima eficácia e efetividade em matéria da interpretação/aplicação de normas jusfundamentais com aquilo que se tem designado de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que, a par de direitos subjetivos, também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico. Dito de outro modo, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. (2014)

Em suma, a utilização da expressão trânsito em julgado na Constituição da República deve ser interpretada em conformidade com as regras de direito internacional público previstos nos Instrumentos Internacionais de que o país é signatário (BATISTI, 2009, p. 229) e com outros princípios e regras do próprio texto constitucional, dentre eles, o da

Sustentabilidade, para estabelecer sua incidência após o esgotamento dos recursos ordinários ao Tribunal competente.

4 CONCLUSÃO

A presunção de inocência até ganhar o conteúdo que hoje lhe é conferido pela Constituição da República, passou por um amplo processo evolutivo e civilizatório. Nas primeiras Cartas de Direitos Humanos está voltada para a legalidade e o comedimento das prisões, ao passo que nas normativas internacionais que conformam o vigente sistema global, a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem das Nações Unidas, foi introduzida uma outra dimensão: a culpabilidade provada.

Foi possível demonstrar, também, que os documentos internacionais hoje vigentes exigem para afastar a presunção de inocência, a comprovação da culpa. Nenhum deles faz menção ao trânsito em julgado da decisão para derrogar a presunção, como exige o texto da Constituição da República de 1988.

De igual forma, restou evidenciado que o alargamento do princípio decorrente da redação do texto constitucional, não representa qualquer incompatibilidade material com os instrumentos multilaterais internacionais, devido ao *princípio pro homine, ou pro persona*. Assim, insustentável o argumento que pretenda afastar a norma constitucional por incompatibilidade com os precitados instrumentos, para restringir o princípio no âmbito doméstico ao modelo formatado nesses documentos.

No que pertine ao Voto do Ministro Fachin, utilizado para introduzir o presente estudo, restou claro que a questão central a desenvolvida foi a necessidade de compatibilizar a regra do trânsito em julgado com outros princípios e regras constitucionais, que vedam a conclusão *"segundo a qual apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade.*"

Por fim, como resposta ao problema proposto, vimos que o princípio da sustentabilidade, por certo, agrega elementos para mitigar a incidência do princípio da presunção de inocência, de modo a permitir a denominada execução provisória da pena, possibilitando o encarceramento do condenado a partir do esgotamento dos recursos ordinários, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença ou acórdão penal condenatório. A proteção coletiva da liberdade (da sociedade) deve prevalecer sobre o interesse individual (do

condenado), no âmbito dos direitos humanos fundamentais. Isso porque, não se pode conceber uma sociedade sustentável, justa e solidária, que compactue com a impunidade e favoreça a salvaguarda do indivíduo cuja culpa já se encontra formada e confirmada pelas vias ordinárias de impugnação, de cumprir a punição que lhe for imposta com a observância do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Por uma cidadania sul-americana**: **fundamentos para a sua viabilidade na UNASUL por meio da Ética, Fraternidade, Sustentabilidade e Política Jurídica**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 6ª edição. São Paulo. Saraiva, 2017.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal.** Curitiba: Juruá, 2009.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. **Decreto nº 592/1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm acesso em 04/08/2018.

CELLA, José Renato Gaziero. MOSENA, Mauricio ***Tutela Penal e o Paradigma da Sustentabilidade.*** *in* Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 2: 381-400, jul./dez. 2015 Disponível em https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/95bc598008bf6a573d6b85b26ac93193.pdf acesso em 04/08/2018.

Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html acesso em 04/08/2018.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em https://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html acesso em 04/08/2018.

FACCHI, Alessandra. **Breve História dos Direitos Humanos.** Tradução: Silva Debetto C. Reis. São Paulo. Edições Loyola, 2011

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano: o Sistema Global das Nações Unidas**. Curitiba: Prismas, 2017.

GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis. Empório do Direito, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Método, 2018.

SARLET, Ingo W. WEINGARTNER NETO, Jayme. ***Constituição, Direitos Fundamentais E Processo Penal: A Discussão Em Torno Da Legitimidade Jurídico-Constitucional Da Realização Do Interrogatório Do Réu No Início Ou Ao Final Da Instrução*** *in* Revista da AJURIS – v. 41 – n. 134 – Junho 2014. Disponível em http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/205/141 acesso em 04/08/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang / FENSTERSEIFER, Tiago **Princípios do Direito Ambiental** - 2ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar Na Ação Declaratória De Constitucionalidade 44**. Voto do Ministro Edson Fachin. 2016. Acórdão. Inteiro teor. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o número 11847763