



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

LUCCA BERNARDO BORGES

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DAS AÇÕES
DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44: UMA
ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO
CULPABILIDADE

Brasília

2016



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

LUCCA BERNARDO BORGES

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DAS AÇÕES
DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44: UMA
ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA NÃO
CULPABILIDADE

Monografia apresentada como
requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito pela
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Beatriz
Vargas

Brasília

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: BORGES, Lucca Bernardo.

Título: O Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44: uma análise sobre o princípio da presunção da não culpabilidade.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: 05.12.2016

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professora Beatriz Vargas (Orientadora)

Professora Ísis Menezes Táboas

Professora Gisela Aguiar

Professor Rafael de Deus Garcia (suplente)

*A Marcilio, Isabel e Luíza, por todo o
carinho, amor e compreensão.*

*A eles, todas as minhas conquistas e
minha eterna gratidão.*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, na qual se decidiu pela possibilidade de execução antecipada da pena. O foco do estudo, entretanto, é o princípio da presunção da não culpabilidade, que não se confunde com o da presunção de inocência. O motivo pelo qual o primeiro desses princípios encontra-se como centro desse trabalho é o fato de que aparentemente teria sido violado pela decisão da Corte. Para o desenvolvimento do trabalho, é feita a apresentação dos conceitos mais importantes para a análise da decisão, assim como de momentos históricos pertinentes à consolidação desses conceitos. Estabelecido o campo teórico, serão analisados os votos disponibilizados publicamente para que se possa afirmar se houve ou não violação a esse princípio constitucional.

Palavras-chave: Princípio da presunção de inocência; Princípio da presunção de não culpabilidade; Supremo Tribunal Federal; ADC 43; ADC 44; Execução Antecipada da Pena; Direitos Humanos; Pacto de São José da Costa Rica; Constituição.

ABSTRACT

This study aims to analyze the decision taken by the Brazilian Supreme Court (STF) in the judgment of the Declaratory Action of Constitutionality (ADCs) 43 and 44, in which was decided to the possibility of the anticipation of the sentence execution. The study is focused, however, on the presumption of innocence principle, which is not the same as the presumption of the non culpability principle. The reason why the first of those principles finds itself at the center of this work is because, apparently, it was violated by the decision of the Court. To the development of this work, the most important concepts needed for the analysis of the decision, as long as the historical moments that inflicted in the setting of these concepts, are shown. Once the theoretical field is established, the votes publicly available are analyzed so that it is possible to determine if there was indeed a violation of said principle.

Key words: Presumption of innocence principle; Presumption of the non culpability principle; Brazilian Supreme Court; ADC 43; ADC 44; Anticipation of the execution of the sentence; Human Rights; American Convention on Human Rights; Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas

Sumário

1 - Introdução	8
1.1 – Razões da escolha do tema.....	8
1.2 – Metodologia	9
2 – Apresentação Conceitual e Histórica	11
2.1 – Considerações Iniciais.....	11
2.2 – Os Direitos Fundamentais	11
2.3 – Os princípios	13
2.4 – O Princípio da Presunção de Inocência.....	14
3 – O Princípio da presunção de inocência no Brasil.....	18
3.1 – A Constituição Federal de 1988 e a incorporação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro	18
3.2 – O princípio da presunção de inocência e o princípio da presunção da não culpabilidade	20
3.3 – A incorporação do Pacto de São José da Costa Rica na legislação brasileira	23
3.4 – Posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG	26
4 – Apresentação dos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44	30
4.1 – Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44	31
4.2 – Do voto do Ministro Teori Zavascki	32
4.3 – Do Voto do Ministro Dias Toffoli.....	36
4.4 – Do Voto do Ministro Celso de Mello.....	40
4.5 – Do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	43
5 – Crítica aos Votos Analisados	46
6 – Conclusão.....	54
Referências.....	56

1 - Introdução

1.1 – Razões da escolha do tema

No presente estudo se propõe a análise da recente decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, na qual se concluiu pela constitucionalidade da execução da sentença penal depois da condenação do tribunal de segunda instância, mesmo sendo cabíveis recursos. Com base nesse julgamento, proponho um debate teórico sobre o tema, com o intuito de possibilitar ao leitor uma análise crítica da decisão tomada nos casos em questão.

Nos meses anteriores à data de feitura deste estudo, iniciou-se no Brasil um período de grande instabilidade política. Entre a deflagração da Operação Lava-Jato pela Polícia Federal, em parceria com o Ministério Público Federal, que culminou com a prisão de diversos entes públicos e na investigação de outros tantos mais, e o impeachment da então presidenta Dilma Rousseff, que causou não só uma crise interna, como também externa, o País se viu inserido numa crise política sem precedentes. Em momentos de crise, diante da fragilidade das instituições e do acaloramento das emoções populares, abre-se espaço não só para quebras de paradigmas, mas também para o retrocesso em diversas áreas, sendo o Direito uma das principais.

Podemos observar na história nacional e mundial que não é rara a supressão ou restrição de direitos ocasionados por momentos de instabilidade. Como exemplo claro na história nacional, temos a ditadura militar (1964-1985) e os retrocessos em direitos humanos e trabalhistas decorrentes dela.

No início do ano de 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, o STF entendeu ser possível a execução da sentença penal logo após a condenação em segunda instância. Entretanto, como as decisões proferidas não possuíam efeitos vinculantes, a questão voltou a ser questionada por meio das ADCs foco deste trabalho.

O julgamento das ADCs supracitadas causou mobilização popular e a divisão de opiniões de juristas ao redor do País. Dentre os debates ocorridos, a questão que mais se sobressaiu foi a aparente supressão do princípio da presunção de inocência. Entretanto, como se tentará mostrar nos capítulos seguintes, esse princípio não se confunde com o da não culpabilidade, este sim posto em ameaça na decisão.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), consolida o princípio referido como uma garantia fundamental. Em decorrência da crise política instaurada, à vontade popular em ver os políticos investigados na Lava-Jato presos o quanto antes, e por um Supremo extrapolando a sua competência e exercendo ativismo judicial, muitos acreditam que tal garantia restou suprimida do ordenamento pátrio.

Diante deste cenário, nota-se a importância do estudo deste tema tão sensível, já que afeta diretamente o direito de todos os cidadãos de ter assegurada a aplicação do direito penal mediante um devido processo legal e todas as garantias constitucionais.

Cumprе salientar que este princípio não visa proteger apenas os acusados e investigados em processos penais, mas a todos os indivíduos inseridos na sociedade, todos passíveis de ser acusados em algum momento.

1.2 – Metodologia

Como dito anteriormente, este estudo tem como objeto a decisão da Suprema Corte nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que versam sobre a antecipação da execução da pena. Objetiva-se, por meio da presente narrativa, possibilitar ao leitor uma análise crítica da decisão tomada nos casos em questão. Para tal, em um primeiro momento será apresentada uma síntese dos conceitos mais relevantes presentes no debate.

Em um segundo momento, será apresentada a forma com que se deu a aplicação desses conceitos no contexto brasileiro, a incorporação desses conceitos no ordenamento jurídico nacional, assim como um breve resumo do entendimento que prevalecia no Supremo antes da decisão em foco.

Então, serão evidenciados os votos na decisão em destaque, que mudou o entendimento anterior, e, por fim, a conclusão crítica do trabalho, permitindo ao leitor que tenha o primeiro embate teórico sobre o tema após os conhecimentos adquiridos neste estudo.

É importante ressaltar que o princípio da presunção da não culpabilidade decorre de disposição literal da Constituição, de forma que qualquer debate acerca da aplicação do princípio poderia ser encerrado com o argumento de que aquilo que está disposto na Constituição não pode ser violado, visto que esta representa a lei maior do Estado. Apesar de este ser sim um argumento válido, e que será utilizado posteriormente neste trabalho, o mesmo opta por apresentar uma investigação crítica sobre as regras legais, e não apenas a interpretação delas.

2 – Apresentação Conceitual e Histórica

2.1 – Considerações Iniciais

Antes que se possa fazer alguma análise sobre o princípio no qual este trabalho se baseia – qual seja o princípio da presunção da não culpabilidade – necessária se faz a delimitação do espaço que esse princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, dada a importância do seu conteúdo e a relevância do seu contexto histórico.

Dito isto, será feita uma breve apresentação do que são os direitos fundamentais e o que são princípios, de forma a situar melhor os princípios da presunção de inocência e o da não culpabilidade à nossa realidade.

2.2 – Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, da forma como se pode observar durante a história, não nascem pela bondade daqueles que se encontram no poder, nem surgem espontaneamente, como se numa ordem natural das coisas. Estes direitos afloram das lutas da sociedade como um todo contra os abusos de poder, contra as arbitrariedades e o autoritarismo do Estado.

São direitos que possuem como núcleo comum a concretização da dignidade da pessoa humana. Esta, de acordo com Kant (1980), é um princípio supremo, limitador de todos os outros, a partir do qual o ser humano é visto como um fim em si mesmo. Para ele, aquilo que possui um preço pode ser substituído por algo equivalente. Já aquilo que não possui valor mensurável, que é insubstituível, como o ser humano, possui dignidade. Assim:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente, enquanto que aquilo que é superior a qualquer preço, não admitindo nenhum equivalente, tem uma dignidade. (KANT, 1980, p. 68)

Os direitos fundamentais atualmente são categorizados, pela maioria da doutrina, em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Entretanto, apenas a título de conhecimento, existem autores que defendem a existência de direitos de quarta e quinta dimensões.

Essa classificação se dá de acordo com o seu processo de surgimento, decorrente das demandas da sociedade.

É importante dizer que este trabalho se utiliza do termo “dimensão” e não “geração”, como muitos autores fazem. Isso porque o termo “geração” transmite a ideia de que uma nova geração ultrapassa e substitui a anterior, o que não acontece com os direitos fundamentais. Já o termo “dimensões” transmite melhor a realidade desses direitos, que se somam aos outros, complementando-os. (TAVARES, 2002. p. 362)

Os de primeira dimensão surgem inicialmente como um direito negativo, ou seja, como direitos que demandam que o Estado e terceiros se abstenham de violar a dignidade da pessoa humana, que estabelecem limites à atuação Estatal, aos seus arbítrios e discricionariedade.

Ultrapassado este momento inicial, os de segunda dimensão começam a surgir. São direitos que, ao contrário dos da dimensão anterior, demandam a atuação direta do Estado. São, portanto, direitos positivos que visam o alcance da igualdade material entre as pessoas. Por isso, são conhecidos como direitos sociais ou coletivos.

Por fim, surgiram os direitos de terceira dimensão, aqueles voltados para a solidariedade e desenvolvimento mútuo entre todos, para a paz e a harmonia entre os povos. São direitos que ultrapassam o indivíduo ou grupos determinados e recaem sobre toda a humanidade.

Percebe-se, então, que os direitos fundamentais são

posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 572-573)

Conforme Cunha Júnior (2012), é a existência destes direitos, e a sua afirmação em juízo, que servem como medidor do grau de democracia de determinado país. Por isso, a palavra “fundamental” presente no termo “direito fundamental” exprime tanto a necessidade desses direitos para a realização do ser humano em todos os seus aspectos, quanto a necessidade desses direitos para a existência de uma sociedade democrática, conforme se vê, *in verbis*:

[...] são direitos que se apresentam fundamentais em duplo sentido: de um lado, porque são essenciais aos homens em sua convivência com outros homens; de outro lado, porque eles representam os pilares ético-político-

jurídicos do Estado, fornecendo as bases sobre as quais as ações dos órgãos estatais se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos). (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 573)

Dessa forma, nota-se que os direitos fundamentais possuem núcleo comum no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, evidencia-se uma intrincada relação entre direitos fundamentais e princípios, que serão objeto de estudo no próximo tópico.

2.3 – Os princípios

Os princípios, durante muito tempo, foram entendidos como se servissem apenas para auxiliar a aplicação do Direito. É o que se vê, por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, quando dispõe, em seu art. 4º, que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 2002). Não possuíam, assim, caráter de normas jurídicas.

Atualmente, os princípios possuem caráter normativo; são normas assim como as regras. De acordo com Alexy (2011, p. 87), “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. Ambos possuem generalidade, mas enquanto a regra disciplina apenas a descrição fática do seu enunciado, o princípio é mais amplo e pode ser aplicado em diversas ocasiões diferentes, sem contar que nem sempre é escrito e positivado, como as regras são. Ademais, os princípios suportam flexibilização e ponderação quando entram em conflito com algum outro. Já as regras são excludentes; ou se aplica uma ou outra.

Os princípios são, como o próprio termo sugere, a base, o alicerce ou o pressuposto de um sistema. Servem para guiar o próprio legislador na criação das novas leis, assim como na interpretação e aplicação destas. Por isso, conforme elucida Mello (2008):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2008, p. 943)

Assim, verifica-se a relevância de um estudo sobre a possível violação do princípio foco deste trabalho.

2.4 – O Princípio da Presunção de Inocência

O Direito Penal, não apartado da história do ser humano, possui momentos obscuros e problemáticos no seu passado. Nem sempre o processo de julgamento, nem mesmo o de investigação, estavam unguídos das garantias e proteções que hoje são entendidas como inerentes ao processo penal e ao direito penal como um todo.

Para fins de análise deste trabalho, faz-se mister um breve estudo da origem do princípio da presunção de inocência, de forma a possibilitar a compreensão do ponto do qual partimos, do ponto ao qual chegamos, e as implicações que a decisão do Supremo Tribunal Federal em análise poderá trazer para a aplicação deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da presunção de inocência teve início com a consolidação do princípio *in dubio pro reo* no Direito Romano. Esta máxima implica que, caso alguma dúvida permaneça sobre a culpabilidade do réu, este deve ter sua inocência garantida. Estes princípios garantem que todos são inocentes até que se provem o contrário, de forma a não ser o acusado obrigado a provar a sua inocência, já que seria ônus da acusação provar a culpa do réu.

Entretanto, conforme elucida Ferrajoli (2002):

Apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e uma semicondenação a uma pena mais leve. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Esta lógica presente na Baixa Idade Média remonta de sistemas ainda mais primitivos e repressivos, como o das ordálias, nos quais o acusado era submetido a alguma situação de risco para provar a sua inocência. Durante essas situações, caso fosse inocente perante os olhos de Deus, alguma intervenção divina ocorreria para livrar o acusado dos males da referida situação de risco. Tanto nesta, quanto na lógica da Baixa Idade Média,

o acusado não é um simples suspeito, mas alguém já considerado culpado pela opinião pública, ao qual cumpre o encargo de destruir as aparências, demonstrando a própria inocência. (GOMES FILHO, 1991, p. 10)

O princípio da presunção de inocência voltou a ser reconhecido com o advento das teorias iluministas e da Revolução Francesa. Foi a partir dela que o princípio foi consagrado na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, documento resultante da Revolução, em seu artigo 9º, que dispõe que:

todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei. (FRANÇA, 1789)

Como dito anteriormente, o Direito Penal possui altos e baixos, e com o reconhecimento do princípio da presunção de inocência não seria diferente. Não obstante a sua previsão na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio não foi observado em sua plenitude desde a sua positivação. O Código de Instrução Criminal Francês de 1808, por exemplo, conferiu maiores poderes ao juiz, que poderia determinar a prisão quando achasse necessário.

A disseminação do princípio da presunção de inocência em âmbito internacional se deu em decorrência do fim da Segunda Guerra Mundial. Diante do cenário de morte e destruição que a guerra deixou, e das graves violações aos direitos humanos ocorridas e presenciadas pelo mundo todo, viu-se necessária a estipulação de valores supranacionais fundamentais que guiarão a comunidade internacional no alcance da paz mundial, da convivência harmônica entre as nações e da promoção dos direitos humanos.

Foi assim que, em 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seu artigo 11, 1, estabelece que

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. (1948)

Da análise do artigo supracitado verifica-se que ele trata, na sua totalidade, da observância do devido processo legal, que engloba princípios como o de acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

Já na parte inicial do artigo, coloca o princípio da presunção de inocência como elemento essencial dessas garantias penais legais. É assim porque é necessário, já que:

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer o juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2002, p. 441)

Como dito na parte introdutória deste trabalho, todo e qualquer indivíduo inserido na sociedade contemporânea pode, algum dia, ser acusado ou se ver envolvido em um processo penal.

O princípio em voga é o que garante que ninguém será injustamente preso, ou seja, ninguém será submetido a um processo sem que tenham sido observados o devido processo legal e a ampla defesa, sem que tenha tido a oportunidade de rebater a acusação com paridade de armas, ou ainda que tenha sido submetido a um processo onde era considerado culpado desde o começo. É este princípio que dá segurança às pessoas numa sociedade e que está intrinsecamente relacionado ao Estado democrático de direito.

Infelizmente, a Declaração referida anteriormente e os princípios nela inseridos não têm valor normativo, não sendo os países obrigados a obedecer ao documento produzido pela Assembleia Geral da ONU. Porém, não há como se negar o peso político presente nele.

Dos textos internacionais que reproduziram o princípio da presunção de inocência, trataremos do Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, já que é este ao qual o Brasil aderiu por meio da publicação do Decreto nº 678, de seis de novembro de 1992. (BRASIL, 1992)

O Pacto de São José da Costa Rica, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais e visando a realização do ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, estabeleceu uma série de garantias àqueles acusados de cometer algum delito. Entre elas, em seu artigo 8º, que versa sobre as garantias judiciais, no item 2, dispõe, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (COSTA RICA, 1969). Evidencia-se, então, a consolidação do princípio da presunção de inocência no Pacto.

A aplicação deste princípio no Brasil possui algumas peculiaridades que serão tratadas no próximo capítulo, mas já é possível adiantar que estas peculiaridades são decorrentes da mudança interpretativa que ocorreu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, ao incorporar o princípio, acabou modificando-o em parte. Esta mudança e a hierarquia que o Pacto de São José da Costa Rica ocupa na legislação brasileira podem indicar um equívoco na decisão dos ministros do STF no julgamento das ADCs 43 e 44.

3 – O Princípio da presunção de inocência no Brasil

3.1 – A Constituição Federal de 1988 e a incorporação do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da presunção de inocência foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Entretanto, não basta fazer essa afirmação sem que se dimensione a importância que este princípio possui no texto constitucional, principalmente levando-se em consideração o período antidemocrático pelo qual o País passou, e que teve reflexos na feitura da nossa carta magna.

A CRFB/88 foi promulgada após o declínio da ditadura militar no País. Durante este regime, Atos Institucionais passavam a invalidar certos pontos da Constituição vigente à época, tornando possíveis atos políticos militares contrários a ela.

Por exemplo, tornou-se possível a cassação de direitos políticos de pessoas ditas simpatizantes do comunismo, a dissolução de partidos políticos, a proibição de manifestações populares e diversos outros atos - ao todo, foram implantados 17 Atos Institucionais - que acabaram por criar um Estado de exceção.

O Estado de exceção criado não era aquele previsto na Constituição atual sob o título de Estado de Defesa e de Sítio. Estes, ao contrário daquele, são amplamente regradados, possuem limite temporal, assim como só deverão ser instituídos em casos excepcionais, com a condição de que, assim que solucionado o motivo da exceção, volta-se à normalidade.

O Estado que se criou era um Estado de exceção tornado regra, com o poder Executivo com prevalência sobre os demais, restringindo os direitos e garantias constitucionais, ou seja, suspendendo a plena democracia.

Não é de se espantar que a sociedade brasileira tenha se cansado desse regime autoritário, no qual pessoas comuns podiam se tornar presos políticos e, muitas das vezes, nunca mais serem vistas; no qual a tortura era prática comum nos cárceres espalhados pelo País.

O povo brasileiro, então, utilizando de seu poder soberano, pressionou o governo militar. O melhor exemplo desse poder foi o movimento Diretas Já, o maior movimento popular da história do Brasil, tendo como objetivo a redemocratização do País por meio de eleições presidenciais diretas.

O objetivo foi alcançado e eleições diretas ocorreram. Começava ali o que seria conhecida como a Nova República. Porém, este novo período na história do País só seria legítimo e durável se fosse fundamentado em uma constituição democrática, ou seja, decorrente de uma Assembleia Constituinte baseada na soberania popular. (SILVA, 2002)

Dessa forma, foi promovida uma intensa integração entre Congresso e sociedade, onde esta podia apresentar ideias e sugerir emendas populares desde que organizadas sob a responsabilidade de, pelo menos, três entidades associativas. Ao todo, foram 122 emendas populares recebidas pela Assembleia, somando mais de 12 milhões de assinaturas.

Assim, a Constituição de 88 ficou conhecida, até os dias atuais, como a Constituição Cidadã. Não só por ter sido feita com a participação do povo, mas porque trouxe uma série de proteção a direitos sociais, em reflexo aos direitos violados pelos regimes autoritários que a precederam.

Como dito anteriormente, Cunha Júnior (2012) afirma que é a existência dos direitos fundamentais, e a sua afirmação em juízo, que servem como medidor do grau de democracia de determinado país.

Até aqui, tentou-se demonstrar a sede por democracia na sociedade brasileira. A Carta de 88 é a cristalização destes desejos; é a manifestação da soberania popular para a obtenção de uma ordem democrática fundada em direitos e garantias fundamentais indispensáveis.

Por isso, então, o elevado grau de importância de princípios como o da presunção da não-culpabilidade. São princípios que representam os anseios da sociedade, que legitimam e dão forma ao nosso sistema democrático.

Ademais, no que tange à incorporação destes princípios no nosso ordenamento, conforme nos ensina Brasileiro (2009):

Convém lembrar, ainda, que a Constituição/88 além de proteger internamente os direitos humanos, reconheceu as obrigações internacionais nesse campo, reforçando-os, contribuindo significativamente para a internacionalização dos direitos humanos.

Neste sentido, a Constituição, em seu art. 4º, inciso II estatui:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

Importante destacar que, o princípio da prevalência dos direitos humanos não significa tão somente a submissão da Nação no processo de elaboração de regras vinculadas ao direito internacional dos direitos humanos, mas também representa a busca da plena integração das normas internacionais à ordem jurídica interna. (BRASILEIRO, 2009, p.51-52)

Evidencia-se, assim, uma preocupação da nossa Magna Carta tanto com os direitos humanos fundamentais internamente concebidos quanto com aqueles provenientes de normas internacionais.

Para continuar exemplificando os sentimentos inspiradores da Constituição de 88 e os princípios por ela defendidos, vale ressaltar que o período ditatorial de 1937 a 1945 previa por meio do Decreto-Lei 88/37, art. 20, nº 5, que: “Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime”. (BRASIL, 1937)

Referido dispositivo representa clara inversão ao princípio da presunção de inocência ao fazer com que o acusado tenha o ônus de prová-la. Por óbvio que nesta época o princípio ainda não integrava o nosso ordenamento jurídico, mas o exemplo serve para ilustrar o descarado despotismo vivenciado no período.

O exemplo acima citado serve também para elucidar que a inversão ao princípio causou cicatrizes suficientes para que hoje ele seja uma demanda e realidade crucial ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 – O princípio da presunção de inocência e o princípio da presunção da não culpabilidade

Conforme dito anteriormente, existe uma discrepância entre o princípio da presunção de inocência e o da não culpabilidade.

Apesar de muitos doutrinadores considerarem os dois princípios como semelhantes, de forma a entendê-los como iguais, mudando apenas a terminologia, uma pequena diferença entre eles pode evidenciar um grande desacerto na decisão dos ministros da Suprema Corte.

De acordo com o que foi analisado no tópico 2.4, o Pacto de São José da Costa Rica, ou a Convenção Americana de Direitos Humanos, foi promulgado em 1969. Entre uma série de direitos humanos apresentados, encontra-se o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 8º, nº 2, que prevê que: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. (COSTA RICA, 1969)

Já em 1988, no Brasil, a atual Constituição estabeleceu em seu art. 5º, LVII, que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988)

A primeira diferença entre os princípios consolidados nos dispositivos supracitados não representa uma discrepância muito significativa em termos práticos, mas é ela que dá nome a cada um dos princípios.

É simples notar que enquanto o Pacto prevê que deve ser presumida a inocência do acusado, a Constituição, por sua vez, determina que “ninguém será considerado culpado [...]”. Daí dizer que o princípio exposto no dispositivo da Convenção é o da presunção de inocência, e o da Carta Magna, o da não culpabilidade.

Novamente, em termos práticos, esta distinção não é significativa, já que dizer que alguém não é culpado é basicamente o mesmo que dizer que alguém é inocente. A redação constitucional apenas representa uma forma negativa de expor aquilo que a convenção internacional já fez.

O ponto crucial do distanciamento dos princípios evidencia-se no resto das redações dos artigos. No texto do documento internacional, a inocência perdura “enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Ou seja, o documento internacional abre espaço interpretativo para que os países signatários do Pacto determinem, cada um dentro de seu próprio ordenamento, em que momento essa culpa é legalmente comprovada.

Determinado país poderia, hipoteticamente, determinar que a culpa seja comprovada após apreciação de tribunal superior, ou logo após a condenação em duplo grau de jurisdição, ou com o trânsito em julgado da sentença. Enfim, as possibilidades são amplas.

Entretanto, a Constituição é bastante clara ao dispor sobre o tema, eliminando qualquer espaço interpretativo e fazendo justamente o que o Pacto permite: determinar, dentro do nosso ordenamento, o momento em que a culpa é comprovada, qual seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, verifica-se que a diferença entre os princípios mencionados é muito maior que uma simples diferenciação terminológica. Tratam-se de princípios com diferentes marcadores temporais processuais para a determinação da culpa.

Sendo assim, após esta diferenciação, será utilizada a expressão “princípio da presunção de inocência” neste trabalho quando se estiver referindo ao princípio de forma geral, conforme explícito no Pacto de São José da Costa Rica.

Por outro lado, quando se estiver referindo ao princípio como está previsto na Constituição brasileira de 1988, se utilizará a expressão “princípio da presunção da não culpabilidade”, já que possui um diferente marcador temporal.

Vale ressaltar, também, que mesmo que no julgamento das ADCs 43 e 44 tenha ocorrido uma confusão dos termos, utilizando-os como sinônimos, este trabalho fará uso dos termos de acordo com a posição adotada exposta nos parágrafos anteriores.

Feita essa análise, surgem indícios de que a atuação do Supremo na alteração de sentido na aplicação destes princípios no Brasil foi precipitada. Porém, para que se dê um ponto de vista mais consolidado, retomaremos essa discussão após a análise dos votos proferidos nos ADCs 43 e 44.

3.3 – A incorporação do Pacto de São José da Costa Rica na legislação brasileira

Para que, ao final deste estudo, se possa argumentar sobre a correta ou incorreta decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADCs 43 e 44, é importante que se faça uma breve análise das possibilidades de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico nacional, já que é ele o documento internacional, adotado pelo Brasil, mais significativo no estabelecimento do princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, cabe analisar algumas teorias sobre a natureza jurídica que os tratados internacionais sobre direitos humanos, como o referido Pacto, possuem dentro do nosso ordenamento jurídico.

A primeira dessas teorias afirma que os tratados internacionais, mesmo aqueles que tratam sobre direitos humanos, possuiriam natureza jurídica infraconstitucional, ou seja, com a mesma hierarquia de leis ordinárias. Entre os apoiadores dessa teoria podemos citar Pedro Lenza e Alexandre de Moraes. Essa era, também, a posição da Suprema Corte até o ano de 2008.

Segundo esses autores, os tratados internacionais não gozariam do mesmo prestígio que as normas constitucionais, já que estas teriam sido elaboradas de acordo com a soberania popular e de seu poder constituinte, enquanto aquelas não.

Neste modelo, caso houvesse conflito entre normas expressas na legislação ordinária e normas provenientes de tratados internacionais, resolver-se-ia a disparidade de acordo com a regra do fator cronológico e da especialidade. Assim, normas posteriores revogariam normas conflitantes anteriores a ela, enquanto normas mais específicas revogariam aquelas mais amplas e genéricas.

Este entendimento foi logo superado, já que é evidente que a própria Constituição de 1988 deu grande destaque aos direitos humanos, conforme já analisado no Tópico 3.1 deste trabalho. Continuar com esta interpretação sobre os tratados sobre direitos humanos seria o mesmo que negligenciar as vontades da soberania popular e do Poder Constituinte que esses autores tanto pretendiam defender.

O Supremo, assim, ao constatar esta prevalência dos direitos humanos no texto constitucional, em três de dezembro de 2008, no julgamento do Recurso Especial 466.343, passou a entender que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem caráter supralegal. Em outras palavras, esses tratados possuiriam hierarquia superior às leis ordinárias, porém, continuariam abaixo da Constituição.

A segunda dessas teorias tem como uma de suas defensoras Flávia Piovesan, segundo a qual os direitos humanos expressos nos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil seja parte passam a integrar o próprio texto constitucional. Ou seja, esses tratados teriam a mesma hierarquia que os direitos previstos na nossa Constituição.

Isso porque é o próprio texto constitucional que permitiria esta interpretação, já que em seu art. 5º, §2º, dispõe que:

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. (BRASIL, 1988)

Piovesan (2013) afirma, então, que:

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2013, p.113)

Assim, para os defensores dessa teoria, os direitos humanos enunciados por tratados internacionais possuem valor jurídico de norma constitucional por complementarem o rol de direitos previstos na Constituição, conforme ela mesma permite.

No julgamento pelo STF dos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e do Habeas Corpus 87.585, no qual se debatia a constitucionalidade da prisão

civil de depositário infiel, o Ministro Celso de Mello manifestou-se como integrante daqueles que defendem esta teoria. Em seu voto, assim como Piovesan defende, o Ministro afirmou que, *in verbis*:

[...] os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade. (MELLO, 2008)

Bloco de constitucionalidade é um conjunto de normas que serve como critério para o controle de constitucionalidade. Ainda segundo esse conceito, as normas constitucionais constantes nesse bloco ultrapassam aquelas previstas expressamente na Constituição.

Em outras palavras, o que o Ministro Celso de Mello está dizendo é que os tratados internacionais de direitos humanos, além de possuírem natureza constitucional, também servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Ademais, nesse modelo teórico, quando houver conflito entre normas constitucionais e normas de tratados internacionais de direitos humanos que integram o texto constitucional, deve-se observar o princípio da prevalência da norma mais favorável. Ou seja, aquela que menos onerar o destinatário da norma será aquela que deverá ser aplicada.

Por fim, há aqueles que defendem que os tratados internacionais possuem hierarquia superior até mesmo à própria Constituição. Entretanto, essa teoria não possui grande aceitação na doutrina, pois é contrária à ideia de soberania do Estado.

Essa teoria envolve todo um debate sobre o Direito Internacional e seus próprios conceitos. Em resumo, o modelo teórico que serve como base para ela é o monismo com supremacia do direito internacional. Nele, só existiria um único ordenamento jurídico, no qual o direito internacional prevaleceria sobre o direito interno.

Todos estes três modelos servirão como base argumentativa no momento em que este trabalho se dedicar a alguma análise crítica à decisão tomada pelo STF em relação ao princípio da não culpabilidade.

3.4 – Posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 84.078/MG

Com o intuito de facilitar a compreensão do contexto da mudança de entendimento que se deu no Supremo Tribunal Federal no que tange à execução antecipada da pena e, conseqüentemente, facilitar também o debate sobre o tema, cumpre ser trazido ao trabalho, em linhas gerais, um breve resumo da decisão tomada pela Suprema Corte no Habeas Corpus de número 84.078.

Foi este HC o responsável pela consagração do entendimento segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença, entendimento superado no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, recentemente proferidas pela Corte.

Assim, nos capítulos seguintes, poderá ser feita uma comparação entre as decisões do HC 84.078 e dos ADCs 43 e 44 de forma a elucidar como se deu a mudança de entendimento no STF.

O Habeas Corpus 84.078 foi impetrado em março de 2004, em face do Superior Tribunal de Justiça por constrangimento ilegal, consistente na denegação de habeas corpus de seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional de não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada.

No caso em questão, o impetrante foi denunciado por ter cometido os crimes tipificados nos artigos 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, do Código Penal. Levado ao tribunal do júri, foi condenado a três anos e seis meses de reclusão. Julgado pelo tribunal do júri por uma segunda vez, após o provimento de apelação do Ministério Público, foi condenado a sete anos e seis meses de reclusão, em regime integralmente

fechado, o que foi retificado para inicialmente fechado no julgamento da apelação da defesa pelo Tribunal estadual. A defesa entrou, assim, com recurso especial e extraordinário. Entretanto, antes da admissão do recurso especial, o Ministério Público requereu a prisão preventiva do acusado, prisão esta que foi concedida, pois haveria indícios de tentativa de fuga na intenção de evadir-se da aplicação da pena.

Apesar de o impetrante alegar que a questão a ser analisada era a inidoneidade dos fundamentos da prisão preventiva determinada pelo tribunal *a quo*, a Suprema Corte, resolvida essa questão, no sentido de concessão de liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, decidiu que a matéria de fundo, qual seja o encarceramento após o julgamento do recurso de apelação, deveria ser levada ao Pleno.

A sessão teve como Relator o Ministro Eros Grau e estavam presentes os Ministros Carlos Britto, César Peluso, Menezes Direito, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

O Tribunal deferiu a ordem de *habeas corpus*, por maioria, nos termos do Relator. Restaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Como o foco deste estudo é a decisão nas ADCs 43 e 44, se torna dispensável trazer aqui todos os votos dos Ministros no presente Habeas Corpus, bastando apresentar aqueles mais relevantes.

Basicamente, os argumentos a favor da concessão do HC abordaram pontos como a preservação do princípio da presunção da não culpabilidade, por ser princípio claro e expresso na Constituição Federal, assim como em diversos documentos internacionais.

Levou-se em conta, também, a coerência com as decisões que a Corte vinha tomando nos anos anteriores em casos semelhantes. Como exemplo, o Ministro Eros Grau faz alusão ao julgamento do Recurso Extraordinário 482.066, *in verbis*:

Desejo aludir ao RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos dos servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional (art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52). Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação

do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988. (GRAU, 2008)

Em outras palavras, o que se decidiu foi que não condiz com a Constituição de 88 a antecipação de qualquer sanção afeta à propriedade antes do trânsito em julgado da ação penal.

Sendo assim, não seria coerente decidir agora, no presente HC, pela possibilidade de antecipação da pena com efeitos afetos à liberdade. Decidir dessa forma seria o mesmo que dizer que o Supremo coloca a proteção à propriedade em plano mais elevado do que a proteção à liberdade. Seria, ainda, dizer que a Suprema Corte tem tratamento diferenciado com as diferentes classes sociais. “Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas”. (GRAU, 2008)

Do lado contrário, o dos Ministros vencidos, os argumentos que mais se sobressaíram foram aqueles que pretendem preservar o sistema judiciário. São argumentos que pretendem dar mais força às decisões dos tribunais de segunda instância ao mesmo tempo em que se diminuem o número de processos que alcançam os Tribunais Superiores.

Conforme salientado por esses Ministros, o Supremo Tribunal Federal não pode se tornar um tribunal de terceira instância. As decisões tomadas em segunda instância deveriam ser cumpridas de imediato, já que a análise da matéria fática se esgota neste momento.

Seria, então, uma forma de assegurar que o réu não possa recorrer em liberdade indefinidamente até alcançar a prescrição da pena. Assim como seria uma maneira de fazer valer a regra segundo a qual os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo, apenas devolutivo.

De forma extremamente resumida, esses foram os argumentos apresentados. Vale ressaltar novamente que não se quer aqui exaurir os argumentos revelados na referida decisão, já que ela não é o nosso foco principal.

Resumir os argumentos presentes na referida decisão em poucas linhas como aqui se fez não faz jus à totalidade da fundamentação e dos debates presentes no julgamento. Porém, o propósito de apresentar o plano de fundo dessa decisão que definiu o entendimento do STF quanto à impossibilidade da execução antecipada da pena foi satisfatoriamente cumprido.

Passa-se, por fim, para a análise da recente decisão da Corte que, sete anos após o julgamento do HC supracitado, mudou mais uma vez o entendimento quanto à aplicação do princípio da presunção da não culpabilidade.

4 – Apresentação dos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

Neste capítulo, serão apresentados os principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 para que, no próximo capítulo, se faça uma crítica aos votos proferidos.

Como salientado anteriormente, o presente estudo se propõe à análise de um julgamento extremamente recente.

Por um lado, ganha-se pelo fato de este ser mais um trabalho que possibilita a compreensão do caso em estudo pelos leitores o quanto antes. Ganha-se também pela relevância e atualidade do tema, inteirando os leitores do que está acontecendo em nosso País e com os direitos que são tão caros aos seus cidadãos.

Por outro lado, como os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal foram proferidos ainda no mês de outubro de 2016, o inteiro teor do acórdão ainda não foi publicado em meios oficiais durante a feitura deste trabalho. Ou seja, a análise proposta perde em qualidade na medida em que não é possível analisar tópico por tópico, argumento por argumento, todos os votos proferidos.

Não obstante, quatro votos na sua íntegra foram obtidos para que se viabilize algum tipo de análise, sendo eles os votos dos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Celso de Mello e Luis Roberto Barroso.

Antes que se inicie a análise da decisão, é importante ressaltar que os Ministros, ao contrário da posição adotada no Tópico 3.2, utilizam a expressão “princípio da presunção de inocência” como se indistinta fosse da expressão “princípio da presunção de não culpabilidade”. Assim, durante o resumo dos votos que se seguirá, quando utilizar-se da segunda expressão, significa que é este trabalho o emissor da mensagem, e não o Ministro em questão, salvo se especificado o contrário.

4.1 – Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, propostas em 18 de maio de 2016 e 19 de maio do mesmo ano, respectivamente, por terem quase as mesmas causas de pedir, foram apensadas uma à outra. Ambas pediam a confirmação da presunção de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual determina que, *in verbis*:

Art. 283 - Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva. (BRASIL, 1941)

Não obstante, uma das ações também pedia que o artigo 637 do CPP fosse interpretado de acordo com a Constituição. Este artigo dispõe que: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para execução da sentença”.

Como explicado logo no Tópico 1.1 deste trabalho, no início do ano de 2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292, o STF entendeu ser possível a execução da sentença penal logo após a condenação em segunda instância. Entretanto, como a decisão proferida não possuía efeitos vinculantes, a questão voltou a ser questionada por meio das ADCs foco deste trabalho.

Segundo essas Ações, o art. 283 do CPP não condiz com o entendimento proferido pelo STF, no início do ano, durante o julgamento do Habeas Corpus 126.292. Dessa forma, o Partido Ecológico Nacional – PEN movimentou a máquina do judiciário buscando uma resposta por meio da ADC 43.

Pretendendo a mesma solução, o Conselho Federal da OAB subscreveu a segunda demanda, a ADC 44, acrescentando ao pedido a manifestação quanto ao art. 637 do Código de Processo Penal.

O ministro Teori Zavascki resume os argumentos dos requerentes da melhor maneira:

Quanto ao mérito, sustentam os requerentes que a atual versão do art. 283 do CPP é obra editada pelo legislador brasileiro dentro de sua liberdade de conformação, e que, ao erigir o padrão processual de trânsito em julgado em

essencial à execução de pena privativa de liberdade, ela potencializou legitimamente outros preceitos da Constituição Federal de 88, tais como os princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do *in dubio pro reo*. E, ao encampar uma dimensão humanística do direito em favor da liberdade do cidadão contra possíveis arbítrios do Estado, a garantia do art. 283 do CPP deveria ter sua legitimidade apreciada com bastante comedimento, não podendo o Supremo Tribunal Federal – numa espécie de superinterpretação – esvaziar os limites semânticos mínimos do art. 5º, LVII da CF, de modo a reescrevê-lo. Argumenta-se igualmente que a declaração de inconstitucionalidade do art. 283 do CPP resultaria em admitir prisão sem previsão legal, em detrimento da reserva absoluta de lei em sentido estrito em matéria penal, garantia presente tanto na CF como em normas internacionais que obrigam o Brasil, como o Pacto de San Jose da Costa Rica. (ZAVASCKI, 2016)

Pelos motivos apresentados nas Ações, os requerentes pediram a concessão de medida cautelar para impedir a execução provisória de novas penas de prisão e, também, que as prisões executadas antes do trânsito em julgado, que tiveram como fundamento o precedente do HC 126.292, tivessem sua execução suspensa.

O Tribunal, presidido pela Ministra Carmen Lúcia, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Dessa forma, conforme já dito numerosas vezes neste trabalho, a Corte decidiu ser possível a execução antecipada da pena.

4.2 – Do voto do Ministro Teori Zavascki

Para compor o seu voto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o Ministro Teori Zavascki basicamente trouxe para a sessão a mesma decisão que proferiu na ocasião do julgamento do Habeas Corpus 126.292.

O Ministro inicia seu voto afirmando que a jurisprudência do Supremo já foi no sentido de possibilitar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal.

Cita, portanto, o HC 68.726, de 1991, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, que afirma ser semelhante ao HC 126.292, e que foi responsável pela consolidação da interpretação segundo a qual a presunção de inocência não impediria a prisão após a confirmação por tribunal da sentença penal condenatória recorrível. O acórdão possui a seguinte ementa:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido

Ou seja, o que o Ministro alega é que pela ausência do efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, estes não podem impedir a execução do mandado de prisão.

Não obstante, a confirmação da condenação penal recorrível por tribunal confere elevado grau de “juízo de consistência da acusação”, que permitiria, então, a execução do mandado de prisão.

Constam no voto os mais diversos benefícios e avanços que o princípio da presunção de inocência trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro. Foi este postulado que influenciou na formulação das então futuras normas que garantiriam à justiça criminal um modelo democrático, racional e garantista. Entre esses benefícios e garantias, Zavascki cita a ampla defesa, o devido processo legal, a não autoincriminação, o contraditório, entre outros.

Entretanto, segundo o Ministro, a presunção de inocência é um princípio que vai se esvaindo nas etapas do processo. A partir da condenação em primeira instância, que constitui um juízo de culpabilidade baseado nos elementos das provas produzidas e com a observância do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência é superada pelo juiz de primeiro grau, mesmo que não definitivamente. Assim o seria porque se faz um juízo de culpa, pressuposto indispensável da condenação.

Então, não sendo este princípio superado definitivamente pelo juiz de primeira instância, há a possibilidade de se recorrer para o tribunal hierarquicamente superior. Caso a condenação seja confirmada, o princípio da presunção de inocência se esvairia por completo, já que a análise das provas e dos fatos se exaure nesta fase processual. Isso porque os tribunais excepcionais não analisam matéria fática nem provas, apenas matéria de direito.

Sendo assim, os recursos excepcionais não fazem parte do duplo grau de jurisdição, que se encerra no tribunal de segunda instância. O Ministro afirma, inclusive, que ultrapassado o duplo grau de jurisdição, justificável seria a relativização do princípio da presunção de inocência. Seria possível até mesmo uma inversão dele.

Neste momento, para corroborar os argumentos de seu voto, Teori Zavascki faz uso dos ensinamentos de seu companheiro de plenário, o Ministro Gilmar Mendes, da seguinte forma:

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.

Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam ‘fundadas razões’ - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável.

Como observado por Eduardo Espínola Filho, ‘a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa’.

Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...)

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” (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015).

Assim, tendo a garantia constitucional da inocência sido observada durante todo o processo nas instâncias ordinárias, compatível seria ao texto da Constituição a produção dos efeitos resultantes da condenação.

É apresentado também o estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman sobre a aplicação do princípio da presunção de inocência em vários países do mundo como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Em nenhum desses países o princípio é tratado de forma absoluta, como seria aplicado no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, há a possibilidade de imediato cumprimento da sentença condenatória proferida pelo juízo de primeiro grau, mesmo pendente sua revisão.

O Ministro acusa a então utilizada interpretação do STF sobre a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de permitir que inúmeras e indevidas interposições de recursos sejam feitas com claro propósito protelatório apenas para que se alcance a prescrição da pretensão punitiva e executória.

Outro argumento apresentado na fundamentação do voto foi o de que a execução da pena após a condenação em segundo grau não impediria ou sequer atrapalharia o devido processo legal e o acesso às instâncias superiores, já que o Supremo possui grande abertura para o conhecimento de *habeas corpus* ajuizados tanto por condenados quanto por acusados e investigados.

Pela natureza deste recurso, ele possuiria alcance muito maior em relação às matérias suscetíveis de apreciação em *habeas corpus* comparado com o recurso extraordinário, por exemplo. Isso porque este só se atém a questões constitucionais e que possuam repercussão geral.

Ressalta-se, também, que o prolator do voto reconhece o caos instaurado no sistema carcerário brasileiro, e que esta situação se deve pelo incomensurável número de prisões provisórias, que se estendem por anos a fio, sem condenação nenhuma e sem que se dê providência à audiência de custódia.

Entretanto, esse caos institucional seria resolvido ou ao menos amenizado pela relativização ao princípio da presunção da não culpabilidade, já que as decisões de segunda instância passariam a ter executividade imediata, eliminando a “cultura da imposição deliberada e inconsequente de prisões preventivas como método de concretização da punição do acusado”. (ZAVASCKI, 2016)

Por fim, o Ministro propõe que seja atribuído sentido a interpretação do trânsito em julgado descrito no art. 5º, LVII, da CRFB/88, já que o conceito de trânsito em julgado não consta em norma constitucional.

O conceito utilizado em âmbito nacional, nas mais diversas áreas do direito, é importado de legislação infraconstitucional, mais especificadamente, do Código de Processo Civil, o qual dispõe em seu artigo 502 que “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015)

Isso traria algumas inconsistências, já que a revisão criminal, inserida no processo penal, está contida no rol de recursos, e não possui prazo para a sua proposição.

Para finalizar o voto, ressalta novamente que os recursos especiais e extraordinários não analisam matéria fática. Portanto, estão quase sempre atrelados a questões processuais e procedimentais, quase nunca questionando a culpabilidade do réu, conforme se vê a partir do seguinte trecho:

Relativamente aos temas com maior incidência, destacou-se a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o erro na dosimetria da pena, a prisão cautelar, a aplicação do princípio da insignificância e o excesso de prazo da prisão, ou seja, matérias majoritariamente atreladas à prisão cautelar ou às circunstâncias do cumprimento da pena. [...] A culpabilidade propriamente raramente é objeto de questionamento – e muito menos de acolhimento – pouco reformada nas instâncias extraordinárias. (ZAVASCKI, 2016)

Assim, a aplicação da opinião defendida por ele não ocasionaria a indevida prisão de pessoas inocentes, já que a culpabilidade propriamente dita não é objeto numericamente significativo sujeito a análise nos tribunais superiores.

4.3 – Do Voto do Ministro Dias Toffoli

Em voto consideravelmente menor que o anteriormente analisado, Dias Toffoli começa o seu voto fazendo referência à primeira vez que o Supremo Tribunal Federal se manifestou quanto ao princípio da presunção de inocência, em 28/06/91, no Habeas Corpus 68.726, da mesma forma que o Ministro Teori Zavascki fez no início de seu voto.

A decisão tomada nesse julgamento foi a que o tribunal voltou a tomar ao final da sessão, no sentido de não ser incompatível com a Constituição a execução provisória da pena sem que se tenham julgado os recursos especiais e extraordinários, já que estes não possuem efeito suspensivo.

Fazendo uma breve exposição histórica, evidencia que este entendimento perdurou até o ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078, cujo breve estudo já foi feito neste trabalho.

Como já dito anteriormente, esse HC mudou o entendimento do Supremo, que passou a adotar a posição de que a execução da pena necessita do trânsito em julgado da sentença penal, ressaltando-se que, antes do trânsito em julgado, as prisões só podem ser decretadas ou mantidas a título cautelar.

Aponta, então, para a mudança de entendimento ocorrida mais uma vez sobre o tema no julgamento do HC 126.292, no início do ano de 2016, no qual entendeu-se que a execução é possível após o esgotamento dos recursos ordinários.

São apresentados os argumentos do relator do caso, o Ministro Teori Zavascki, que, como vimos no tópico anterior, repetiu no julgamento das ADCs 43 e 44 a fundamentação utilizada no HC 126.292, já apresentados neste mesmo tópico. Desta forma, não seria interessante repeti-los em sua inteireza agora.

Mesmo tendo, à época, se manifestado em favor do entendimento majoritário, Dias Toffoli muda seu entendimento no caso presente, utilizando-se do ensinamento de Capez (2015):

[e]m nosso regime constitucional, a liberdade de locomoção, enquanto pressuposto para o pleno exercício das demais liberdades constitucionalmente asseguradas, constitui a regra; a prisão é a exceção.

No campo processual penal, devem ser destacadas, no art. 5º da Constituição Federal, as seguintes garantias:

- a) 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inc. LIV);
- b) 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (inc. LVII);
- c) 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (inc. LXI);
- d) 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (inc. LXV);
- e) 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (inc. LXVI).

Da conjugação desses dispositivos, que instituem um regime constitucional de garantias próprio da liberdade de locomoção, conclui-se que essa liberdade constitui a regra; a prisão cautelar sempre será excepcional e provisória. (CAPEZ, 2015, apud TOFFOLI, 2016)

Sendo assim, passa a apresentar a forma como o princípio da presunção de inocência se concretiza, de acordo com Zanoide de Moraes (2010). Para ele, o princípio se concretiza em norma probatória, norma de juízo e norma de tratamento.

O seu caráter probatório consiste na ideia do ônus da prova, que deve ser da acusação, ficando livre o acusado de ter que demonstrar sua inocência.

Ademais, é norma de juízo, pois orienta a forma com que o juiz deve encarar as provas apresentadas. A maior expressão deste sentido é o princípio do *in dubio pro reo*, também já apresentado neste trabalho, que consiste na ideia de que caso haja dúvida quanto à culpabilidade do réu, a decisão deve ser no sentido de inocentá-lo.

Finalmente, é norma de tratamento, já que o acusado não pode ser considerado culpado, nem mesmo equiparado a este, durante a persecução penal.

Quanto ao artigo 283 do Código de Processo Penal, afirma ser ele um dispositivo que densifica a norma constitucional, qual seja, o art. 5º, LVII. Isso porque o complementa e torna possível a sua aplicação a casos concretos.

Dessa forma, o Ministro defende que o artigo 283 do CPP, em conjunto com o artigo 5º, LVII, da Constituição, determinam que:

se não for hipótese de prisão em flagrante ou de prisão cautelar, não se admitirá a prisão antes do trânsito em julgado da condenação, vale dizer, antes que se forme a coisa julgada penal. (BRASIL, 1941)

Toffoli entende que trânsito em julgado consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença penal condenatória.

A execução provisória, então, violaria o princípio da presunção de inocência no seu sentido de norma de tratamento, assim como violaria a literal disposição do art. 283 do CPP, já que a prisão antes do trânsito em julgado significaria tratar o imputado como se culpado fosse antes que sua culpabilidade fosse inequivocamente comprovada.

Nesse sentido, não importa que os recursos especiais e extraordinários não possuam efeito suspensivo, já que a literalidade do artigo 283 do CPP já serviria para que a presunção de inocência prevalecesse. Porém, como se não bastasse, o texto constitucional, com toda a sua soberania, oferece uma proteção ainda maior ao princípio.

Um ponto bastante interessante no voto em análise é a proposta de uma nova solução para o caso em questão. Como esta proposta realmente estabelece todo um novo modelo interpretativo, melhor que ela seja apresentada nas palavras do próprio ministro, ao analisar o momento em que se atinge a certeza na formação da culpa:

Essa certeza não advém apenas do alto grau de probabilidade – vale dizer, para além de qualquer dúvida razoável - da autoria e da materialidade do delito, questões de natureza eminentemente fática, cuja apreciação ordinariamente se exaure nas instâncias locais.

Com efeito, para além dessas questões fáticas, a certeza na formação da culpa deriva de um juízo de valor sobre a tipicidade, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do agente, bem como sobre a própria sanção penal a ser concretamente imposta, atividade que pressupõe o estabelecimento: i) das penas aplicáveis dentre as cominadas; ii) da quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; iii) do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e iv) da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível (art. 59, CP).

Ora, não há dúvida de que a enunciação desses juízos de valor está reservada ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da missão constitucional que lhe foi outorgada de zelar pela higidez da legislação penal e processual penal e pela uniformidade de sua interpretação.

Corroborando essa assertiva, a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da República e, portanto, não autoriza a via do recurso extraordinário.

[...]

Na esteira dessa interpretação, se o trânsito em julgado se equipara à constituição da certeza a respeito da culpa – enquanto estabelecimento de uma verdade processualmente válida, para além de qualquer dúvida razoável -, reputo viável que a execução provisória da condenação se inicie com o julgamento do recurso especial ou do agravo em recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. (TOFFOLI, 2016)

Sugerindo o Superior Tribunal de Justiça como ponto final no estabelecimento da certeza da culpa do imputado, Toffoli propõe uma solução à controvérsia presente nas ADCs que se coloca como meio termo entre as posições previamente tomadas pelo Supremo.

Ressalta, também, que esta nova interpretação, que implicaria na espera da resolução dos recursos especiais e dos agravos em recurso especial para a execução da pena, não frustrariam a efetividade da jurisdição penal, já que a Corte Suprema já possui mecanismos para combater o abuso no direito de recorrer.

De acordo com esses mecanismos, já consolidados na jurisprudência, o Relator pode, inclusive monocraticamente, obstar o abuso no direito de recorrer ou decidir a questão quando na presença de risco iminente da prescrição.

4.4 – Do Voto do Ministro Celso de Mello

De forma bastante acalorada, Celso de Mello começa seu voto fazendo uma série de indagações, porém sem esperar por qualquer tipo de resposta a elas, desejando apenas provocar a reflexão do plenário ali constituído.

O Ministro questiona quantos outros princípios, liberdades e valores essenciais consagrados pela Constituição deverão ser sacrificados para que o Supremo possa justificar as suas decisões, ou para que possa tomar decisões claramente pragmáticas, cedendo aos clamores públicos e ultrapassando seus limites, numa clara afronta à ordem, à soberania constitucional e à democracia.

Celso de Mello tenta, dessa forma, lembrar aos seus colegas de Corte que eles estão ali consolidados como órgão máximo do Judiciário, como guardião da Constituição, com a obrigação moral e legal de fazer valer as disposições constitucionais, defendendo os direitos e garantias ali tão duramente conquistados.

Segundo ele, o Supremo tem uma série de deveres, quais sejam:

o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal. (MELLO, 2016)

Contra o caráter pragmático da decisão tomada no HC 126.292 e dos argumentos que tendiam a se repetir nas ADCs 43 e 44, o Ministro afirma que não é a previsão do princípio da presunção de inocência a causa da inefetividade da jurisdição penal e do sentimento de impunidade que permeia o meio social.

Para que estes problemas sejam resolvidos, não cabe ao Judiciário a supressão de direitos e garantias constitucionalmente previstos, como é o caso da presunção de inocência. A solução residiria numa reformulação do sistema processual pelo Poder Legislativo assim como a tomada de outras medidas que visem conferir maior presteza ao sistema recursal.

Segundo ele, a supressão, ou até mesmo a relativização do princípio da presunção de inocência, são marcas de regimes totalitaristas e autoritários que presumiam serem todos culpados até que provassem sua inocência.

Dessa forma, decidir de forma semelhante ao que foi decidido no HC 126.292 significaria romper com o modelo democrático e impor restrições aos direitos dos cidadãos não permitidas pelo texto constitucional.

A prerrogativa de sempre ser considerado inocente até o trânsito em julgado da condenação penal é uma forma de garantir que nenhuma medida capaz de restringir a liberdade individual ou os direitos do imputado seja tomada precipitadamente.

Na esfera penal, a reparação de uma decisão tomada precipitadamente jamais repararia o dano sofrido pelo acometido do erro, já que ninguém poderá devolver ao apenado o tempo de liberdade perdido.

O princípio da presunção de inocência não consolida apenas uma garantia aos direitos do imputado criminalmente, mas também significam a própria legitimação da execução das penas, sejam elas privativas de liberdade, restritivas de direito ou até mesmo as multas.

A ordem constitucional e democrática impõe limites ao Estado e aos seus agentes na atividade de persecução penal. No caso do Brasil, é a própria Constituição que impõe que a presunção de inocência perdura até o trânsito em julgado, único fato capaz de descaracterizar a referida presunção.

Quanto ao argumento apresentado pelo Ministro Teori Zavascki de que em nenhum país do mundo a presunção de inocência é entendida e aplicada da forma como é aqui no Brasil após a decisão tomada no HC 84.078, Celso de Mello o refuta afirmando que, ao contrário do Brasil, em nenhum desses países o princípio está explicitamente descrito na sua constituição com a exigência do trânsito em julgado – motivo pelo qual este trabalho adota o entendimento de que existe uma diferenciação entre o princípio da presunção de inocência e o da presunção de não culpabilidade.

Também contra a fundamentação de Teori, Celso de Mello afirma que o princípio da presunção de inocência não se esvazia com as etapas do processo. Sendo assim, mesmo que condenado em segunda instância, o acusado continuaria sendo presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação, conforme disposição clara da Constituição.

Além destas considerações, o voto ressalta o importante papel que a coisa julgada possui no nosso ordenamento jurídico. Seria este um instituto que garantiria a estabilidade social e a solução dos conflitos, resultantes na segurança jurídica, aspecto fundamental estruturante do Estado democrático de direito.

Nesse mesmo sentido, a sentença sujeita a recurso, ou seja, não transitada em julgado, é um ato instável e provisório, podendo ser reformada. Ela depende, portanto, do trânsito em julgado para que possua eficácia integral e para que tenha efeitos imutáveis. Se possível for a execução da pena antes do trânsito em julgado, poderíamos incorrer no erro mencionado a pouco, o de punir alguém indevidamente, sem possibilidade de reparação do dano.

Demonstra-se em seguida que, mesmo não se utilizando da interpretação constitucional que proíbe a execução provisória da pena, esta continuaria não sendo compatível com o nosso ordenamento jurídico, já que o art. 105 da Lei de Execução Penal estabelece o trânsito em julgado como pressuposto da execução da pena privativa de liberdade, assim como o art. 147 do mesmo diploma legal exige a coisa julgada para a execução de penas restritivas de direitos, conforme as seguintes redações:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (BRASIL, 1984)

Da mesma forma, nosso sistema penal também exige a coisa julgada para a simples execução de pena de multa, conforme redação do art. 50 do Código Penal, o qual dispõe que: “A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença. (...)” (BRASIL, 1940)

Por fim, é ressaltado que a própria Corte constitucional possui diversos julgados no sentido de impedir que seja realizado o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, com base no princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, seria extremamente contraditório que não se permita referido lançamento no rol dos culpados antes do trânsito em julgado invocando-se o

princípio da presunção de inocência, mas, em contrapartida, se permita a prisão nessas mesmas circunstâncias.

Por todos os motivos expostos, o Ministro Celso de Mello afirma que manter o entendimento proferido pelo HC 126.292 significa criar uma aberração jurídica, já que essa interpretação é ilegal e inconstitucional.

4.5 – Do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto dedicando a parte inicial à demonstração de que o sistema penal, nos moldes da interpretação conferida no HC 84.078, não funciona adequadamente.

Permitir ao réu que aguarde o julgamento dos recursos excepcionais em liberdade estaria enfraquecendo a efetividade da Justiça criminal, diminuindo inclusive a confiança que a sociedade tem em relação a ela. Assim, a mora no julgamento dos processos permite que os réus fiquem anos respondendo em liberdade, até mesmo podendo alcançar a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Apresenta, assim, cinco casos para evidenciar as injustiças perpetradas por essa interpretação. Em resumo, “o sistema que tínhamos não era garantista. Ele era grosseiramente injusto e”: promovia a vingança privada, divulgava a ideia de que o crime compensa, consiste um sistema de impunidades, promovia comportamentos bárbaros e desmoraliza o País perante a comunidade internacional. (BARROSO, 2016)

Em posição de destaque, o Ministro afirma que a péssima situação do nosso sistema carcerário se dá pela existência de 40% de presos preventivamente nos presídios, mas que isso aconteceria porque os juízes, para evitar a impunidade e a prescrição, entendem pela necessidade de decretar a prisão preventiva.

Quando passa para uma análise mais histórica, Barroso diz que o Brasil, por mais que seja marcado por períodos autocráticos, se quiser ser considerado um país democrático e justo, deve respeitar determinados valores e bens jurídicos. E nesse sistema problemático acima descrito, as condutas ilícitas se tornaram atividades benéficas ao ator, já que possuiria os ganhos da ação e não seria punido por elas.

Também é feita uma crítica em relação à forma que os tribunais estaduais e os regionais federais estão sendo tratados. Ao não se permitir a execução provisória da pena, se estaria afirmando que esses tribunais não possuem capacidade para aplicar as leis penais de forma competente e serena.

Segundo o Ministro, a impossibilidade da execução provisória da pena trouxe três consequências bastante severas ao nosso sistema criminal.

A primeira dessas consequências foi o incentivo à interposição de irrazoáveis recursos com manifestas intenções protelatórias.

A segunda faz com que apenas os mais pobres sejam presos, já que nem eles nem a Defensoria Pública possuíam recursos para arcar com as despesas dos inúmeros recursos protelatórios.

Por fim, a terceira consequência teria feito com que a sociedade passasse a desacreditar na Justiça criminal, já que o tempo transcorrido entre a condenação e a execução da pena com a efetiva prisão do condenado é grande demais.

O Ministro passa, então, para a sua justificação com base em argumentos constitucionais e legais, afirmando explicitamente serem eles argumentos pragmáticos.

O primeiro deles é o pensamento de que a Constituição faz uma diferenciação entre os regimes da culpa e da prisão.

Para isso, afirma que os incisos LVII e LXI do artigo 5º da CRFB/88 fazem essa distinção ao determinar que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, respectivamente.

Assim, o que estaria condicionado ao trânsito em julgado é a certeza da culpa, e não a prisão.

Defende, em seguida, que a presunção de inocência não é uma regra, e sim um princípio. Sendo assim, admite a ponderação ao se tornar conflitante com algum outro princípio, podendo ser relativizado. Cita, então, que quando se tratar de execução provisória da pena, esse princípio estaria em conflito com o princípio da efetividade da

lei penal. E como a condenação já teria ocorrido por decisão colegiada, seria razoável diminuir a importância da presunção de inocência em detrimento da efetividade da lei penal, já que a demonstração da materialidade e da autoria já teria sido feita com o fim da análise dos fatos e provas.

Nesse voto, também é utilizado o argumento proferido por Teori Zavascki de que dados comprovam que os recursos excepcionais possuem baixo índice de provimento em favor do réu.

A parte final da fundamentação se dedica a analisar matérias relativas aos pedidos subsidiários das ADCs. São pedidos que fogem um pouco do foco deste trabalho, de forma que não cabe trazer aqui a manifestação do Ministro em relação a eles.

5 – Crítica aos Votos Analisados

Feita a apresentação com os resumos dos votos proferidos nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, resta fazer a crítica a eles, levando-se em consideração todas as elucidações, conceitos, contextos históricos e posições jurídicas apresentadas até aqui.

Antes de tudo, vale ressaltar que a interpretação constitucional, presente como pano de fundo durante todo o julgamento das ADCs, baseia-se na própria ideia de Constituição, qual seja a norma suprema organizadora de um Estado. Sua interpretação, portanto, não é a mesma que se faz com as normas infraconstitucionais.

Segundo Barros (2007):

A Constituição é norma hierarquicamente superior, é norma que define o especial modo de ser de uma coletividade, e, portanto, é a base do ordenamento jurídico, na qual todas as demais normas retiram seu fundamento de validade. Essa diferença de grau, por si só, já implica em hermenêutica diferenciada. (BARROS, 2007, p. 66)

Uma grande diferença na interpretação de normas constitucionais originárias é que elas não passam por nenhum critério de validade, já que possuem presunção absoluta de legalidade, cabendo ao intérprete apenas interpretar o seu conteúdo e sua eficácia.

Dessa forma, não deve existir interpretação que viole a supremacia da Constituição.

Entretanto, o que aconteceu nos votos de alguns ministros foi a completa inversão destas premissas. Por exemplo, não cabe se opor ao art. 5º, LVII, da CRFB/88, alegando que a execução provisória da pena é possível pela simples natureza dos recursos extraordinários e especiais, que de acordo com normas infraconstitucionais não possuem efeito suspensivo, apenas devolutivo.

Aceitar este tipo de argumento seria submeter a interpretação de preceitos constitucionais à luz de normas infraconstitucionais, numa completa inversão das premissas inerentes à própria ideia de constituição.

É essa mesma ideia de constituição que falta aos ministros quando afirmam que em nenhum outro país do mundo o princípio da presunção de inocência é aplicado como o é aqui no Brasil.

Ora, a constituição é o documento máximo, a lei fundamental, formadora de um Estado soberano. Diferentes constituições formarão, fundamentarão, delimitarão e regulamentarão diferentes Estados.

Daí a importância da diferenciação feita no tópico 3.2 entre o princípio da presunção de inocência e o da presunção da não culpabilidade. Enquanto outros países incorporaram o princípio da presunção de inocência da forma que lhes parecia mais coerente, o Brasil o cristalizou em norma constitucional e com uma importante diferença.

Ao exigir o trânsito em julgado para a concretização da culpabilidade do imputado, nossa Constituição foi além da previsão do princípio da presunção de inocência previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

Sendo assim, a forma que outros países colocam esse princípio em prática não nos diz respeito. O que vale para a Inglaterra, ou para os Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina não interfere, ou não deveria interferir, na forma como a nossa constituição é aplicada e interpretada dentro do nosso país e de acordo com o nosso sistema estabelecido.

Alguns dos argumentos proferidos apresentam características em comum, seja pela linha de raciocínio, pelo caráter pragmático, ou por poderem ser refutados pelo mesmo motivo.

Por exemplo, é alegado que a impossibilidade de execução provisória acarreta na possibilidade de interposição de inúmeros recursos manifestamente protelatórios visando retardar a execução da pena ou até mesmo alcançar a sua prescrição. Essa possibilidade estaria resultando na mora do julgamento dos processos, causando um grave sentimento de insatisfação da sociedade, que estaria até deixando de acreditar na Justiça criminal. Por sua vez, numa tentativa de reverter essa situação, os juízes se veriam na necessidade de impor penas mais imediatas, o que acabou por gerar uma cultura de imposição de prisões provisórias por todo o País.

Pois bem, as afirmações acima de fato possuem grandes verdades. É nítida a mora do judiciário, que pode levar até décadas para julgar determinados casos, assim como é nítida a cultura de imposição de prisões provisórias, já que como ressaltado no próprio voto do Ministro Luis Roberto Barroso, esses presos correspondem a 40% da população carcerária no Brasil.

Entretanto, existem medidas possíveis, já consolidadas na jurisprudência do Supremo, contra a interposição de recursos protelatórios, como salientado pelo Ministro Dias Toffoli. De acordo com essa jurisprudência, o próprio Relator pode, inclusive monocraticamente, obstar o abuso no direito de recorrer. Foi o que aconteceu no Recurso Extraordinário 839.163/DF, de relatoria do próprio ministro Dias Toffoli, publicado no Diário de Justiça eletrônico do dia 10/02/2015, como se vê a seguir:

O Supremo Tribunal Federal admite a determinação de baixa dos autos independentemente da publicação de seus julgados seja quando haja o risco iminente de prescrição, seja no intuito de repelir a utilização de sucessivos recursos, com nítido abuso do direito de recorrer, cujo escopo seja o de obstar o trânsito em julgado de condenação e, assim, postergar a execução dos seus termos.

(...)

No mesmo sentido, da Primeira Turma e da Segunda Turma, colho precedentes dos Ministros Roberto Barroso (HC nº 120.453/PR, DJe de 1º/7/14), Rosa Weber (HC nº 114.384/SC, DJe de 9/8/13), Luiz Fux (ARE nº 752.970/DF-AgR-ED-ED, DJe de 5/2/14), Ricardo Lewandowski (HC nº 107.891/SC, DJe de 21/5/14) e Gilmar Mendes (ARE nº 665.384/RJ-AgR-ED, DJe de 5/9/12).

(...)

Portanto, dúvida não há de que a questão é objeto da jurisprudência dominante da Corte. Dessa feita, longe de constituir afronta aos princípios da colegialidade e do devido processo legal, é legítima a atuação do Relator para decidir monocraticamente a questão – dado o abuso do direito de recorrer e o risco iminente da prescrição -, tendo em vista uma interpretação teleológica do art. 21, § 1º, do Regimento Interno da Corte, segundo o qual '[p]oderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal (...)’.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que, ‘não viola o princípio da colegialidade a competência conferida ao Relator para, monocraticamente, negar seguimento a recurso contrário à jurisprudência dominante do Tribunal (art. 21, § 1º, do RI/STF)’ (RMS nº 26.168/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 13/10/14).

Note-se que a atuação monocrática do Relator nessas circunstâncias não é inédita na Corte. O eminente Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, ao analisar o AI nº 858.084/MS, dele conheceu para negar seguimento ao recurso extraordinário (CPC, art. 544, § 4º, inciso II, alínea b), bem como, ante o risco iminente da ocorrência de prescrição, determinou a imediata baixa dos autos, independentemente da publicação da decisão proferida (DJe de 21/5/13).

Do mesmo modo, por entender configurado o abuso no direito de recorrer, o eminente Ministro Luiz Fux, ao não conhecer dos embargos de divergência no agravo regimental no ARE nº 735.792/SP, determinou monocraticamente a baixa dos autos, independentemente de sua publicação (DJe de 3/9/14).

Ademais, uma vez constatada a falência do sistema de persecução penal e atribuindo-a a infundável possibilidade de interposição de recursos, necessário que seja feita uma mudança. Porém, essa deve ser feita por poderes competentes para tal. O sistema recursal, além das disposições constitucionais, está fundado em normas produzidas pelo Legislativo. É esse Poder que possui representatividade e que deve expressar a voz do povo, e não o Judiciário.

Nesse mesmo sentido, em parecer voltado a esse tema, Silveira (2016), professor titular da faculdade de direito da Universidade de São Paulo, dispõe que:

Enquanto perdurar a existência recursal (ainda que especial ou extraordinária), não se dá o trânsito em julgado e, portanto, há de se respeitar a presunção de inocência. Para tanto, impossível aceitar-se desmedida possibilidade de execução antecipada da sentença. Não se trata, pois, de uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, mas de um sistema que isso permite. Que se mude ou altere a Lei, mas não que se interprete restritivamente direito maior de liberdade. Essa, sim, a exigência da sociedade, e não frisson por encarceramentos antecipados. (SILVEIRA, 2016, p.23)

O Supremo, portanto, não poderia extrapolar suas atribuições e competências para tomar medidas que julga necessárias para atender as insatisfações populares, principalmente quando essas medidas passam por cima de direitos tão caros e tão duramente obtidos pela sociedade, dispostos na nossa Lei maior, que deveria ser protegida pelo próprio STF.

Nesse sentido, Hireche e Santos (2016) apontam as inconsistências nos votos proferidos no HC 126.292:

Um dos argumentos utilizados no bojo do julgamento do HC foi a necessidade de atendimento ao clamor popular, ou seja, sob o fragilíssimo e perigoso argumento de que é preciso "ouvir a sociedade", o STF (guardião da Constituição) malfez garantias constitucionais. Interessante que, no STF, recentemente se ouvia que um dos papéis da democracia é, justamente, ser, em determinadas situações, contramajoritário. (HIRECHE; SANTOS, 2016)

Foi a própria Suprema Corte que repetidas vezes afirmou ser uma corte contramajoritária. Isso porque ceder às vontades populares muitas vezes pode ocasionar em verdadeiras atrocidades. Os juízes não podem jamais se deixar influenciar pela comoção social acerca de determinado caso.

Nesse mesmo sentido, a seccional da OAB de São Paulo se manifestou contra a decisão tomada no HC 126.292, alegando que

A demanda da sociedade por Justiça não será alcançada com atropelo às garantias constitucionais.

A Seção Paulista da OAB sempre estará ao lado do Poder Judiciário na luta por uma estrutura adequada para dar conta da demanda social por Justiça, mas não concorda que se neutralize a falta de estrutura por meio da desconsideração de garantias constitucionais. (OAB SP, 2016)

Dessa forma, não se adéqua ao princípio da Separação dos Poderes e nem às competências outorgadas ao STF pela Constituição a permissão, por parte do Supremo, de superação de princípio fundamental para que se alcance determinado resultado, numa clara posição utilitarista e pragmática. Assim: “[...] a busca por uma efetividade não pode, jamais, sustentar uma agressão aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988”. (SILVEIRA, 2016, p. 28)

Ademais, quando se diz que se estabeleceu uma cultura de imposição de prisões preventivas, das quais muitas permanecem eficazes anos a fio sem que seja sequer feita a audiência de custódia, o que deveria ser feito era a correção desse fator utilizando-se do próprio sistema previamente estabelecido, e não mudar entendimento em relação a princípios protegidos pelo nosso texto constitucional.

Como mecanismo para a correção dessa cultura, podemos citar, como exemplo, o Conselho Nacional de Justiça, instituição pública voltada para o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro.

Por meio dos mutirões carcerários realizados pelo CNJ, muitos desses presos provisoriamente poderão ser soltos ou terem sua situação revista e devidamente analisada.

O CNJ pode, também, expedir atos normativos e recomendações guiando a atividade dos juízes, assim como julgar processos disciplinares.

A Resolução 213/2015 do CNJ, a título de exemplo, é um ato administrativo que visa justamente à melhoria do sistema carcerário brasileiro. Entre outras coisas, impõe limite máximo de 24 horas para a apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial competente. Ou seja, é um mecanismo para a correção da

cultura da imposição de prisões provisórias condizente com o nosso sistema, ao contrário da inversão da interpretação do princípio da presunção de não culpabilidade.

Enfim, permitir a execução provisória não é a única maneira de se solucionar o caos do sistema de persecução penal. Aliás, visto que essa permissão viola direitos constitucionalmente previstos, ela jamais deveria sequer ser cogitada.

Outro argumento utilizado é o de que a execução provisória da pena faria com que os juízes deixassem de sentir a necessidade de fazer justiça com os meios que possuem no momento, sendo o principal deles a prisão preventiva. Entretanto, um país que não sabe lidar com as prisões provisórias, utilizando-as como medidas satisfativas, não possui maturidade institucional no sentido de deixar de aplicar essas medidas no momento em que as decisões ordinárias passassem a ter executoriedade imediata.

A própria postura desses juízes é uma comprovação de que precisamos de um órgão contramajoritário que resguarde e proteja os direitos da sociedade como um todo, mesmo quando a vingança e a retaliação na esfera penal já estão enraizadas na própria magistratura.

Outro ponto bastante mencionado pelos ministros a favor da execução provisória da pena foi o número ínfimo de recursos excepcionais providos em favor do réu. Dessa forma, não haveria necessidade de esperar o julgamento desses recursos para a execução da pena, visto que quase nenhum seria provido de alguma maneira.

O problema é que os ministros se esquecem de que quando se fala em pena e em Direito Penal, está se falando de pessoas, de vidas. Sendo assim, mesmo que somente um recurso excepcional tenha sido provido para livrar o réu da prisão, o argumento dos ministros cai por terra, pois se prova a possibilidade de êxito do réu no processo e na possibilidade de, se preso antecipadamente, ter-se mantido alguém preso para só então, após o julgamento do recurso, se reconhecesse a sua inocência. Vale ressaltar que, de acordo com o princípio do *in dubio pro reo*, é melhor inocentar um culpado do que condenar um inocente.

Tentou-se, também, numa manobra interpretativa, alegar que o inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88 não estaria vinculando o trânsito em julgado à execução da pena, mas sim à certeza da culpa ao determinar que: “ninguém será considerado

culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Assim, a pena poderia ser executada mesmo antes do trânsito em julgado.

Esse é mais um argumento que não merece prosperar, mesmo que se entenda que o inciso referido realmente não condicione à prisão, mas à culpabilidade. Ora, a prisão decorrente de sentença condenatória, com devido caráter de pena, não pode jamais ser executada contra alguém que ainda não foi considerado culpado. Não se pode esquecer que

As prisões processuais ou provisórias são mecanismos que permitem restringir o estado original de liberdade do indivíduo, por isso, só poderão ter lugar em situações excepcionais, quando e enquanto forem estritamente necessárias para garantir o resultado útil da medida principal, ou seja, o processo penal de conhecimento. (SILVA, 2009, p. 3)

Ou seja, com exceção das prisões provisórias, que são prisões processuais, cautelares, impossível falar em prisão com caráter de pena antes de estabelecida a culpabilidade. Portanto, conforme estabelecido no nosso ordenamento pátrio, pelo princípio da não culpabilidade, impossível também se falar nessas prisões sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Relevante se faz a apresentação do chamado efeito *cliquet*, ou comumente conhecido como proibição do retrocesso. O termo “cliquet”, emprestado dos alpinistas franceses, faz menção a determinado momento da escalada em que não se pode mais descer, retroceder. A única opção é continuar o percurso para cima.

Esse termo, aplicado aos direitos fundamentais, significa que, uma vez conquistado determinado direito fundamental, ele não pode mais ser suprimido, o que implicaria em retrocesso.

No caso em análise, devido à proibição do retrocesso, não se poderia, sob hipótese alguma, adotar-se a interpretação que foi dada ao princípio da presunção da não culpabilidade.

Além disso, certo é que nem mesmo a possibilidade de mutação constitucional, nesse caso, seria viável, pois o texto constitucional é extremamente claro, não dando espaço para interpretações diversas. Mesmo que se consiga fazer algum tipo de interpretação, ela não pode subverter a ordem jurídica previamente estabelecida e ir contra os interesses do Constituinte, demonstrados no Tópico 3.1 deste trabalho.

Por fim, o princípio da presunção da não culpabilidade está inserido no Título II da Constituição Federal, o qual dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, que não podem ser suprimidos ou abolidos por imposição do artigo 60, § 4º, que dispõe que:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Por todo o exposto, não é de se concordar com a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, já que claramente representa uma regressão na interpretação dos direitos e garantias fundamentais, assim como grave violação ao princípio da presunção da não culpabilidade.

6 – Conclusão

O que se propôs com este trabalho foi a discussão sobre os argumentos proferidos pelos ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Com isso, almejava-se a análise crítica dos votos para que se pudesse responder se houve ou não violação do princípio da presunção da não culpabilidade, princípio constitucional previsto no art. 5º, LVII, da CRFB/88.

A Constituição Federal de 1988, a nossa Lei maior, conquistada após um longo período de regimes autoritários que reprimiam a população e suprimiam uma série de direitos humanos fundamentais, consagrou amplo rol de direitos e garantias individuais, já que é a presença desses conteúdos que proporciona ao texto constitucional e, conseqüentemente, ao Estado por ele criado, a Democracia.

Assim, nossa Carta Magna consagrou, entre tantos outros direitos e garantias, o princípio da presunção de inocência, conhecido na comunidade internacional por estar previsto em diversos pactos internacionais, entre eles, o Pacto de São José da Costa Rica. Porém, a CRFB/88 foi além, determinando que esse princípio estivesse atrelado ao trânsito em julgado da condenação penal, conforme a própria redação do inciso LVII de seu artigo 5º.

Dessa forma, entende-se que o princípio da presunção de inocência, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se a soma do princípio em si e a exigência do trânsito em julgado da sentença penal, resultando em outro princípio, o da presunção da não culpabilidade.

Essa conquista aos direitos humanos pela população brasileira representou grande avanço na democracia. O próprio Poder Constituinte, responsável pela confecção do texto da nossa Lei maior, sabendo da importância da democracia e dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas, estabeleceu vedação a qualquer tipo de supressão a determinados conteúdos da Constituição, de forma que, caso se desejasse alterar essas matérias, somente seria possível por meio da confecção de nova constituição.

Sendo assim, foram instituídas as cláusulas pétreas que, como dito anteriormente, não podem ser alvo de medidas que tendam a suprimi-las, de acordo com o artigo 60, § 4º da CRFB/88.

Uma das matérias consagradas como cláusulas pétreas são os direitos e garantias individuais, aos quais o art. 5º, LVII, da Constituição, faz parte e, conseqüentemente, o princípio da presunção da não culpabilidade também.

Ademais, existem teorias, como a do efeito *cliquet*, ou da proibição ao retrocesso, que determinam ser impossível a regressão no entendimento de direitos humanos, uma vez que tenham sido conquistados.

Dito isso, entende-se que o princípio da presunção da não culpabilidade ocupa lugar de prestígio e elevado destaque no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser observado e conferido a todos aqueles imputados pelo cometimento de atos criminosos.

Dessa forma, analisados os votos proferidos na decisão dos ADCs 43 e 44, constata-se que o Supremo possui grande interesse na mudança de entendimento do princípio da presunção da não culpabilidade, seja pela diminuição dos processos que chegam aos tribunais superiores, seja para, como dito por eles mesmos, responder aos anseios da população, que estaria cansada com o sistema de persecução penal brasileiro, que não funciona e garante a impunidade.

Os próprios ministros a favor da relativização do princípio em destaque afirmam que tomaram suas decisões com fundamento pragmático. Sendo assim, para conseguirem atingir suas próprias vontades e estabelecer um sistema de persecução penal que se adeque aos seus próprios anseios, criam fundamentações com verdadeiras manobras interpretativas para tentar driblar a ordem constitucional e os direitos fundamentais nela dispostos.

Por fim, entende-se que o princípio da presunção da não culpabilidade foi sim violado pelos votos tomados nas ADCs 43 e 44, criando grande retrocesso à democracia e aos direitos e garantias individuais, num claro desrespeito ao texto constitucional.

Referências

Doutrina:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. *Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais*. 2007. Disponível em:

<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/14006/1/CarlosRGB.pdf>

Acesso em: 25/11/2016.

BRASILEIRO, Eduardo Tambelini. *Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos incorporados ao direito brasileiro e a Constituição Federal/88*. 2009. 118 f. Dissertação de mestrado em Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo.

CAPEZ, Rodrigo. *A individualização da medida cautelar pessoal no processo penal brasileiro*. São Paulo, 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de São Paulo.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HIRECHE, Gamil Föppel El; SANTOS, Pedro Ravel Freitas dos. *Decisão do Supremo é mais um capítulo do Direito Penal de emergência*. 2016. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234139,101048->

[Decisao+do+Supremo+e+mais+um+capitulo+do+Direito+Penal+de+emergencia](#)

Acesso em: 25/11/2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Juspodivm, 2012.

KANT, Immanuel. *Fondazione della Metafisica dei Costumi*. Trad. Pietro Chiodi. Roma: Laterza, 1980.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 943

Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. *Nota: OAB SP vê retrocesso na decisão do STF permitindo pena antes de sentença definitiva*. 2016. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/noticias/2016/02/nota-oab-sp-ve-retrocesso-na-decisao-do-stf-permitindo-pena-antes-de-sentenca-definitiva.10644> Acesso em: 25/11/2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcelo Tavares Gumy. *Prisão temporária e prisão preventiva*. 2009. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/marcelo-tavares-gumy-silva.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Consulta*. 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-iasp-presuncao-inocencia-final.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Votos:

BARROSO, Luis Roberto. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-barroso-prisao-antes.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

GRAU, Eros. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87.585. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

TOFFOLI, Dias. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADCs43e44MinDiasToffoli.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

ZAVASCKI, Teori. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43TZ.pdf> Acesso em: 25/11/2016.

Legislação:

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Decreto-Lei nº 88 de 20 de dezembro de 1937. Modifica a Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936, que instituiu o Tribunal de Segurança Nacional, e dá outras providências.

COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em em 10 de dezembro de 1948.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão*. Aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária, em 26 de agosto de 1789.