



MATTEUS MATOS MONTEIRO

**AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43,44
E 54: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

Salvador

2021

MATTEUS MATOS MONTEIRO

**AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43,44
E 54: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo.

Salvador

2021

**AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43,44
E 54: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA.**

Matteus Matos Monteiro¹

Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 à luz do princípio da presunção de inocência. Parte da seguinte pergunta de pesquisa: Teria a suprema corte do Brasil agido em conformidade com a garantia fundamental da presunção de inocência, ao modificar o entendimento jurisprudencial acerca da execução provisória da pena? Para atingir o objetivo geral de Compreender se a modificação do entendimento jurisprudencial viola o princípio da presunção de inocência, traça como objetivos específicos de pesquisa fazer uma análise acerca dos direitos fundamentais sua extensão e relativização, já que a presunção de inocência é um direito fundamental, assim como analisar especificamente a presunção de inocência e seu panorama geral e por derradeiro analisar o julgamento das ADCS 43, 44 e 54 perante a suprema corte a luz do princípio da presunção de inocência para assim verificar se houve uma extensa relativização do conteúdo do referido princípio, o que violaria a lei maior, ou se seu sentido foi mantido. Este trabalho parte da abordagem qualitativa, tendo como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e a análise de documentos. Como resultado verifica-se que no ano de 2019 o supremo tribunal federal não promoveu extensão relativização do princípio da presunção de inocência, mas sim conferiu interpretação no sentido de restabelecer a plenitude de aplicação da referida garantia fundamental, que fora massivamente restringida no ano de 2016 pelo próprio STF.

Palavras-chaves: Presunção de inocência. Execução provisória da pena. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the declaratory actions of constitutionality 43, 44 and 54 in the light of the principle of the presumption of innocence. Part of the following research question: The supreme court of Brazil acted in compliance with the fundamental guarantee of the presumption of innocence, by modifying the jurisprudential understanding on the provisional execution of the penalty? To achieve the general objective of understand whether the modification of understanding jurisprudence violates the principle of presumption of innocence, it outlines as specific research objectives an analysis of fundamental rights, their extension and relativization, since the presumption of innocence is a fundamental right, as well as specifically analyzing the presumption of innocence and its general panorama and by the final analysis of the judgment of ADCS 43, 44 and 54 before the supreme court in the light of the principle of the presumption of innocence in order to verify if there was an extensive relativization of the content of the mentioned principle, which would

¹ Graduando em direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Ex- assessor do patronato de presos e egressos do estado da Bahia (PPE- BA). E-mail: Matteus.Monteiro@ucsal.edu.br.

² Orientador. Professor de direito da faculdade da graduação e do programa de mestrado em direito da universidade Católica do Salvador (Ucsal). Professor- Adjunto da UFBA (universidade federal da Bahia). Mestre e Doutor em direito público-UFBA (universidade federal da Bahia). Juiz federal/TRF1- Bahia. E-mail: fabio.araujo@pro.ucsal.br.

violate the major law, or if your feeling has been maintained. This work is based on a qualitative approach, using bibliographic review and document analysis as methodological techniques. As a result, it appears that in 2019 the supreme federal court did not promote an extension of the principle of the presumption of innocence, but rather gave interpretation in the sense of reestablishing the full application of the fundamental guarantee, which was massively restricted in 2016 by the same Supreme Court.

Keywords: Presumption of innocence. Provisional execution of the penalty. Fundamental rights.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. CAPÍTULO 1- DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA RELATIVIZAÇÃO E EXTENSÃO. 3. CAPÍTULO 2- PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 4. CAPÍTULO 3 ADCS 43,44 E 54, A MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL À LUZ DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 5- CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

Introdução

A garantia fundamental da presunção de inocência constitui a base jurídica e axiológica para a correta aplicação do processo penal e a consecução de um estado constitucional, no qual as garantias fundamentais possam ser cumpridas e que possam exercer seu papel no estado democrático de direito.

É importante destacar que não há como analisar o tema da execução provisória da pena apartada da garantia constitucional da presunção de inocência e de seu papel no ordenamento jurídico.

Neste sentido a execução antecipada da pena privativa de liberdade é objeto de intenso debate, e mesmo pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, setores da imprensa, sociedade civil e parcelas da comunidade jurídica, ainda mantêm ardente a discussão a respeito do tema em estudo, uma vez que inconformados com os altos índices de violência no país, encontram no entendimento favorável ao imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, após o julgamento em segundo grau, uma solução para equacionar a questão da dos índices de criminalidade.

No caso do presente do trabalho é imperioso destacar que o cerne da controvérsia judicial foi à possibilidade de execução antecipada da pena privativa de liberdade após o julgamento por órgão jurisdicional de segunda instância, dúvida que se instalou a partir de 2016, após o julgamento do HC 126.292, que mudou o entendimento da suprema corte a respeito do tema, uma vez que desde 2009 o STF entedia justamente o oposto.

Diante da controvérsia jurídica gerada pela mudança de entendimento da Suprema Corte, Três ações declaratórias de constitucionalidade foram ajuizadas objetivando assentar a

constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal, e conseqüentemente do artigo 5º inciso LVII da Constituição federal de 1988, já que o dispositivo do CPP acima mencionado, apenas espelha o disposto na *Lex legum*.

No Brasil o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, neste sentido, dentre as ações que se destinam à análise de constitucionalidade, temos a Ação declaratória de constitucionalidade.

Prevista na lei 9.868/99, ação declaratória de constitucionalidade, é uma ação voltada para assentar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, do qual se tem relevante controvérsia constitucional, objetivando deste modo conferir segurança jurídica ao sistema normativo (SIQUEIRA JR, 2009, p. 264).

Diante dos argumentos acima expostos, este artigo se propõe a analisar a possível ocorrência de uma extensa relativização do princípio da presunção de inocência no âmbito dos julgamentos paradigmáticos acerca da execução provisória de pena, no Supremo Tribunal Federal, partindo da seguinte pergunta de pesquisa: Teria a suprema corte do Brasil agido em conformidade com a garantia fundamental da presunção de inocência, ao modificar o entendimento jurisprudencial acerca da execução provisória da pena?

Para atingir o objetivo geral de compreender se a modificação do entendimento jurisprudencial viola o princípio da presunção de inocência, este trabalho tem como objetivos específicos de pesquisa, fazer uma análise acerca dos direitos fundamentais sua extensão e relativização, já que a presunção de inocência é um direito fundamental, assim como analisar especificamente a presunção de inocência e seu panorama geral e por derradeiro analisar os julgamentos das ADCS 43, 44 e 54 perante a suprema corte a luz do princípio da presunção de inocência para assim verificar se houve uma extensa relativização do conteúdo do referido princípio, o que violaria a lei maior, ou se seu sentido foi mantido.

Este trabalho utilizará a metodologia qualitativa, adotando à técnica de revisão de literatura e análise de documentos. O presente Tema adquire particular pertinência de estudo, tendo em vista as tensões sociais e institucionais geradas pela (des) informação da sociedade de massa acerca do tema, o que culminou severo clamor popular para que o STF e o Congresso nacional aderissem à opinião pública no momento de decidir o tema em questão. No capítulo a seguir, veremos o desenvolvimento dos direitos fundamentais, sua extensão e relativização.

Capítulo I- Direitos Fundamentais, sua extensão e relativização.

Inicialmente cumpre aqui traçar as linhas gerais acerca dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que para melhor compreensão do princípio da presunção de inocência, assim como para posterior análise da jurisprudência do STF acerca do tema, é imprescindível esta breve análise dos direitos fundamentais.

A revolução francesa representou não apenas um rompimento com o estado absolutista que vigorava a época, mas sim o estabelecimento de um novo paradigma de estado, caracterizado pela separação dos poderes e pela proteção aos direitos individuais, modelo que se difundiu largamente pela Europa, no século XIX, e que nos séculos seguintes, inspirou diversas nações, inclusive o Brasil, na elaboração de suas constituições (BARROSO, 2013, p. 265).

Neste sentido a declaração Francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789, fruto da supracitada revolução, que em seu artigo 16 lançou as bases materiais das constituições de inspiração liberal-burguesa: a separação dos poderes, e a limitação do arbítrio estatal, mediante a garantia dos direitos fundamentais, de modo que os direitos fundamentais são a essência do estado constitucional, vislumbrando-se assim, uma constituição formal e que carrega em seu núcleo, um conteúdo material (SARLET, 2012, p. 47).

A Constituição Federal de 1988 marcou a chamada redemocratização do estado Brasileiro. Há que se ressaltar que para além do marco histórico, a Constituição de 1988, significou a passagem do direito constitucional brasileiro da “desimportância ao apogeu”, como bem salienta Barroso (2013, p.268), uma vez que é a carta magna de 1988 de nítida inspiração pós-positivista, manejando com maestria a demanda de objetividade do direito, mas incluindo em seu conteúdo positivo a preocupação com a moral e a ética, assim como a noção de justiça, indo além da legalidade estrita (BARROSO, 2013 p. 271), trazendo em seu bojo uma gama de princípios, dentre os quais, um é o norte de todo o sistema: a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto pós-positivista, e de proteção ao ser humano, com forte inspiração na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, a carta política de 1988, contempla uma ampla gama de proteção ao indivíduo, que se traduz na positivação dos direitos fundamentais, compreendidos no título II da Constituição federal de 1988, mas urge ressaltar que o rol de direitos fundamentais não é taxativo, sendo encontrados por toda a extensão do

texto constitucional. Neste sentido é importante buscarmos uma definição de direitos fundamentais, para melhor compreensão de tais garantias.

Conceituar direitos fundamentais não é tarefa simples, mas crucial para compreensão do tema em análise, neste sentido, vale mencionar o Conceito traçado por Dimoulis e Martins (2021, p. 61) que definem os direitos fundamentais como: “direitos público-subjetivos de pessoas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do estado.” Vale salientar que Dimoulis e Martins (2021, p.61) destacam que a finalidade dos direitos fundamentais é limitar o poder estatal frente à liberdade individual.

Cabe, portanto, destacar que os direitos fundamentais para além de sua função originária de instrumento de tutela das liberdades individuais, são parte de um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico, de modo que os direitos fundamentais nos situam entre uma tirania dos valores e a impossível indiferença a tais direitos, de modo que não há como conceber a noção de estado de direito, legitimidade da ordem constitucional e do próprio estado (SARLET, 2012, p. 47).

Nesta linha de construção de um conceito de direitos fundamentais, é imperioso trazer à baila a definição dada pelo professor Dirley da Cunha Júnior (2018, pág. 495), para quem os direitos fundamentais representam posições jurídicas favoráveis às pessoas, que explicitam direta ou indiretamente, a dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidos no texto constitucional (fundamentalidade formal), ou em virtude de seu conteúdo, são equiparados aos direitos positivados no texto constitucional, mesmo que dele não façam parte (fundamentalidade material).

Na linha do conceito traçado pelo Professor Dirley da Cunha Jr, com inspiração na conceituação desenvolvida por Robert Alexy, é possível perceber que os direitos fundamentais não estão exhaustivamente dispostos na *Lex Legum*, podendo existir tanto do ponto de vista formal, quando positivados no texto constitucional, como do ponto de vista material, quando em razão do seu conteúdo e importância, recebem tutela constitucional, que lhes confere o devido reconhecimento de imprescindibilidade à dignidade da pessoa humana.

Conforme o exposto acima é possível afirmar que não há estado constitucional e democrático sem direitos fundamentais.

Vale destacar que no que se refere ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, interessa tratar brevemente das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. O termo gerações de direitos fundamentais foi desenvolvido por Karel Vasak, que tomou por base o lema da revolução francesa (*liberte, egalité, fraternité*), demonstrando que a primeira geração expressa os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade, assim como a segunda

geração expressa os direitos baseados na igualdade, seriam os direitos sociais e econômicos, e por fim, a terceira geração diz respeito aos direitos de solidariedade, com fundamento no bem comum, representando a fraternidade (MARMELSTEIN, 2014, p. 37).

No que tange aos direitos de primeira geração importa mencionar que as garantias compreendidas nesta dimensão, têm por objetivo a limitação do poder do estado, impondo ao ente estatal um dever de abstenção. Os direitos de segunda geração ou dimensão tem por objetivo o desenvolvimento humano, de modo que o estado se vincula a um dever prestacional, ou seja, eles impõem ao estado um dever de agir para proporcionar ao ser humano, condições de pleno desenvolvimento (MARMESLSTEIN, 2014, p. 48), No que tange aos direitos de terceira geração percebe-se que estão voltados para a humanidade, consagrando direitos com a paz, por exemplo, (MARMELSTEIN, 2014, p. 50).

Acerca dos direitos fundamentais e sua extensão é interessante anotar que não se esgotam em apenas um artigo, mas também, não há na generalização conceitual dos direitos fundamentais uma solução, ou seja, não se pode achar que toda norma constitucional é um direito fundamental, o que banalizaria este grupo especial de garantias, afetando sua relevância teórica, como bem nos alerta Periandro (2020).

Em verdade, é válido mencionar a lição de Periandro (2020), que nos alerta que há na constituição federal, um polo de concentração, onde se aglutinam boa parte dos direitos e garantias fundamentais, que está no título II da lei maior, assim como outros direitos de mesma natureza que se encontram dispersos no corpo da magna carta, o que vem sendo objeto de reconhecimento pelo supremo tribunal federal e pela doutrina, sendo o núcleo da referida concentração dos direitos fundamentais o art. 5º da Lei maior, que através da emenda constitucional número 45, que introduz no supracitado dispositivo, quatro parágrafos, houve uma ampliação material através do §2º do art. 5º, que admite a existência de direitos e garantias fundamentais não expressos no texto constitucional, que podem advir de princípios pela constituição adotados, tratados internacionais e do próprio regime democrático.

Interessa anotar que para Periandro (2020) a noção de extensão dos direitos fundamentais pode ser atrelada a ideia de bloco de constitucionalidade, uma vez que para o referido autor, o bloco de constitucionalidade decorre de uma “maximização” da força normativa da constituição, mediante uma interpretação teleológica do sistema, de modo que as normas do bloco passam a ostentar o status de norma constitucional.

A extensão dos direitos fundamentais nos permite abrir um campo de visão e interpretação das normas fundamentais de modo que a lei maior reconhece a inesgotabilidade das referidas garantias, não apenas no seu texto ou sistema, mas também no plano

internacional, de modo que se permita a construção de um sistema pleno no que tange à proteção da dignidade humana.

A respeito dos direitos fundamentais, também é necessária a análise da questão atinente a relativização de tais garantias, uma vez que como acima demonstrado, são garantias que visam à consecução da dignidade da pessoa humana, seja em sentido positivo, isto é o direito de exigir o cumprimento de uma prestação, ou sob o prisma negativo, que se consubstancia num dever de abstenção do estado frente ao indivíduo, de modo que a constituição federal de 1988 impõe limitação às modificações de seu texto (SARLET, 2012, p. 379).

A constituição federal de 1988 adota critérios de ordem temporal, formal e material, de modo a limitar a atividade do poder constituinte reformador. No aspecto formal, basta o cumprimento do procedimento e do quórum definidos pelo art. 60 da lei maior. (SARLET, 2012 p. 380).

Sob o aspecto material, interessa anotar que a referida limitação tem por escopo assegurar a permanência de determinados conteúdos essenciais à constituição (SARLET, 2012, p. 381). Há, portanto, uma vedação à modificação do conteúdo de normas constitucionais que são consideradas pelo constituinte como elementares à ordem constitucional.

Importa mencionar que acerca dos limites materiais de reforma à lei maior, há uma tensão “dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da constituição e os anseios por sua modificação” (SARLET, 2012, p. 381).

A imposição de limites materiais justifica-se ao passo em que há uma necessidade de manutenção da ordem constitucional, haja vista que uma modificação ampla e irrestrita da *lex legum*, pode significar a destruição da ordem constitucional, como bem nos ensina SARLET (2012, p. 381).

Ao analisar as limitações formais e materiais, de modo conjunto, percebe-se que as limitações materiais, acrescentam segurança ímpar ao sistema constitucional, uma vez que mesmo que cumpridas as disposições formais para modificar o texto da lei fundamental, alguns valores não podem ser excluídos do texto por vontade do legislador (SARLET, 2012, p. 381) de modo que se pode afirmar que as limitações materiais possuem uma tutela axiológica das normas constitucionais.

Cumprido destacar que a limitação material sempre deverá considerar dois fatores: mudança e a permanência da constituição, a este respeito insta anotar o seguinte:

Se a imutabilidade da constituição acarreta o risco de uma ruptura da ordem constitucional, em virtude do inevitável descompasso em relação à realidade, social, econômica, política e cultural, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) Parlamentares (SARLET, 2012, p. 382).

A modificação do texto constitucional, deste modo, deve operar-se sob a observância de um equilíbrio entre a realidade e a essência do texto constitucional.

Os direitos e garantias fundamentais constituem limites materiais expressos ao poder constituinte reformador, uma vez que a constituição federal de 1988, textualmente em seu artigo 60, §4º, que os classifica como cláusulas pétreas (SARLET, 2012, p.383), isto é, aquelas normas constitucionais que somente podem ser modificadas por emenda à constituição, de modo a expandir o conteúdo de tais garantias, jamais para a sua abolição ou esvaziamento de seu conteúdo.

Em que pese o caráter protetivo das cláusulas pétreas, vale mencionar que as referidas cláusulas, não se constituem limite absoluto à reforma da lei maior, devendo haver sempre um equilíbrio entre a estabilidade da ordem constitucional e sua adequação à realidade (SARLET, 2012, p. 385). Deste modo a modificação de normas constitucionais, em especial, das cláusulas pétreas, reclama uma ponderação do legislador propor modificações no texto da lei maior.

Importa mencionar que as cláusulas pétreas, tem o objetivo precípuo de proteção axiológica, isto é, o limite material imposto ao poder constituinte reformador na cláusula pétrea, tem por finalidade proteger não a norma em si, mas o princípio nela contido, de modo que é possível uma modificação da cláusula pétrea desde que preservado o princípio nela insculpido (SARLET, 2012, p. 386).

Nesta linha, se revela necessária à análise da tese que advoga a possibilidade de modificação da cláusula pétrea, desde que inalterado o núcleo essencial do princípio cuja norma estaria em modificação, sendo que o núcleo do bem constitucional é constituído pela essência do direito ou do princípio, não por seus elementos e circunstâncias, porém excepcionando-se aqueles cuja modificação, importe numa alteração substancial ou estrutural do princípio tutelado, (SARLET, 2012, p. 387).

Cumprido salientar que no que diz respeito aos direitos fundamentais e a sua proteção através das cláusulas pétreas, que eventual modificação que viesse a suprimir ou diminuir as garantias fundamentais, violaria a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual uma interpretação restritiva da abrangência do art. 60§ 4º, inciso IV, não se afigura como uma

solução viável, haja vista que os direitos e garantias fundamentais integram o “cerne” da nossa constituição, (SARLET, 2012, p. 391).

Pode-se afirmar que os direitos e garantias fundamentais são protegidos pelos limites materiais ao poder constituinte reformador, uma vez que reúnem os princípios e valores mais caros ao ser humano, de modo que a proteção por meio de cláusulas pétreas demonstra o papel de destaque que foi conferido aos direitos fundamentais, em nossa lei maior. Cabe mencionar que mesmo admitindo modificações, as cláusulas pétreas, ainda mais as que versam acerca dos direitos e garantias fundamentais, não admitem uma interpretação que comporte a modificação do núcleo essencial da cláusula pétrea em modificação.

Nenhum direito fundamental é absoluto, uma vez que se o fossem, estaríamos em um caos cada qual exercendo indistintamente faculdades absolutas que estariam conflitando-se sem perspectiva de solução.

Neste sentido as limitações para o exercício dos direitos fundamentais, de modo que a harmonia do sistema seja preservada. Nesta senda, importa trazer, ainda que de modo sintético, alguns conceitos que explicam a limitação dos direitos fundamentais, a exemplo do conceito de área de regulamentação, que para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2021, p.175) diz respeito ao recorte fático sobre o qual incide a norma “jusfundamental”, ou seja, identifica o que é protegido por aquele direito fundamental. Há que se destacar ainda o conceito de área de proteção, que diz respeito ao recorte que o constituinte realiza na área de regulamentação, para definir o objeto específico da norma constitucional (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 177).

A compreensão da área de proteção é vital para conhecermos os limites que o direito fundamental comporta, isto é, até onde se estende a tutela ao bem em proteção, para assim compreendermos quando um direito fundamental estará obstando o exercício das demais normas fundamentais e assim compreendermos também o conceito de intervenção estatal, que acontecerá quando mediante ação ou omissão, o estado impede mesmo que parcialmente um comportamento que corresponde à área de proteção de um direito fundamental (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 187).

Vale salientar que a intervenção estatal deve ser capaz de ser minimamente intensa para que seja juridicamente relevante (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 189). Importa salientar que a intervenção estatal na área de proteção de um direito fundamental será constitucional quando: um comportamento não se situa na área de proteção do respectivo direito; Quando uma norma infraconstitucional restringe um direito fundamental de forma permitida pela constituição através de uma reserva legal; será válida a intervenção que deriva

do chamado direito constitucional de colisão e por fim será válida intervenção no conflito entre dois direitos fundamentais ou um direito fundamental de um indivíduo e um princípio de interesse geral entraram em colisão. (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p.192 e 193).

Cumprir informar que os direitos fundamentais podem ser limitados pela concretização mediante lei, quando em virtude do grau de abstração e generalidade do direito fundamental, a norma infraconstitucional vem definir seu conteúdo e função (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 195), pela reserva legal, quando a norma fundamental traz ressalva em seu texto que possibilita ao legislador introduzir limitações em seu conteúdo (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 197).

Ao tratar da limitação dos direitos fundamentais Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2021, p. 214) sustentam que a atividade de limitação dos direitos fundamentais tem como limite o critério da proporcionalidade. Neste contexto é, pois, a proporcionalidade a “bússola” que guia uma correta limitação do direito fundamental. Ao aferir a proporcionalidade o legislador deve levar em consideração a relação entre os meios interventivos e a finalidade buscada pelo estado na atividade interventiva (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 215).

O critério da proporcionalidade é, pois um limite ao poder limitador do estado, é um limite material (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 238). O critério da proporcionalidade se constitui de alguns elementos a seguir tratados.

São elementos do critério da proporcionalidade: a licitude do propósito, isto é se a limitação pretendida não se choca com nenhum dispositivo constitucional em sentido formal (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 248).

Há ainda a licitude do meio, que diz respeito a idoneidade do meio empregado, ou seja o meio utilizado na atividade interventiva não pode ser ilícito (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 252).

No exame da adequação, verifica-se que deve haver um exame da relação entre o meio de intervenção utilizado pelo estado e o propósito por ele perseguido, sendo desproporcional o meio não há com justificar constitucionalmente a intervenção (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 255), havendo uma conexão empiricamente comprovada entre o estado de coisas conseguido com o meio de intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado, de modo que sem essa conexão empírica o meio será inadequado (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 256).

A necessidade deve ser analisada sob o prisma de haver ou não outro meio que o estado possa valer-se para alcançar o objetivo da intervenção, este meio alternativo deve ser necessariamente menos gravoso para o titular do direito que sofre a limitação e deve ser

adequado da mesma forma que o meio gravoso escolhido pela autoridade estatal (DIMOULIS E MARTINS, 2021, p. 265). Após o exame das fases do critério da proporcionalidade acima mencionadas, pode-se afirmar que se respeitadas, a limitação ao direito fundamental é uma intervenção permitida.

Visto o panorama geral acerca dos direitos fundamentais, passa-se a análise do princípio da presunção de inocência e de seu panorama geral.

Capítulo II- Princípio da presunção de inocência.

No âmbito do estado democrático de direito e constitucional Brasileiro, a limitação do poder do estado frente ao indivíduo se faz necessária, principalmente quando se trata da utilização do *jus puniendi*, ou seja, o dever de punir que é monopolizado pelo estado. Nesta perspectiva a constituição através dos direitos e garantias fundamentais elenca os limites objetivos da atuação estatal.

Neste contexto é válido afirmar que assim como a coluna vertebral exerce no corpo humano a função de sustentação, do mesmo modo o processo penal deve se amparar no princípio da presunção de inocência, uma vez que não há como pensar em processo penal democrático e vigente num sistema acusatório, sem que haja, “*mutatis mutandis*” uma relação simbiótica entre o processo penal e a presunção de inocência como vetor de correto manejo da norma processual penal.

Insculpido no art. 5º, LVII da constituição federal de 1988, e com semelhante redação, no art. 283 do código de processo penal, e semelhantemente no artigo 8º da convenção americana de direitos humanos (*pacto de san Jose da costa Rica*), o princípio da presunção de inocência dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que nos permite afirmar que a lei maior é clara no sentido de que a presunção de inocência deixa de existir, quando a condenação do individuo transita em julgado, ou seja, quando esgotadas todas as possibilidades recursais, quando assim a condenação passa a ser definitiva.

Vale mencionar que o princípio da presunção de inocência, enquanto garantia individual, pode ser compreendida como um direito fundamental de primeira geração ou dimensão, como já mencionado no capítulo anterior, de modo que as garantias individuais de primeira geração representam direitos de não agir ou negativos (abstenção estatal), estão voltados à proteção do indivíduo em face do arbítrio estatal (MARMELSTEIN, 2014, p. 50).

Deste modo a garantia individual da presunção de inocência, impõe o dever negativo ao estado, de atribuir culpa a um indivíduo cujo trânsito em julgado de sua condenação criminal não tenha ocorrido. Neste contexto a presunção de inocência se presta a tutelar a liberdade do indivíduo, como bem alerta Nathalia Masson (2020, p. 367).

A revolução promovida pelo reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais, em especial os de primeira dimensão, é de fato um marco histórico de limitação do poder estatal, especialmente no que concerne ao direito penal e processual penal, uma vez que o estado absolutista condenava sem qualquer garantia de direitos, ao réu, com a adoção de tortura como meio de obtenção de confissão assim como julgamentos secretos (MARMELSTEIN, 2014, p. 39), deste modo, as garantias fundamentais são a base sobre a qual o estado democrático moderno deve estar fundado.

Vale mencionar a lição dos professores Fábio Roque Araújo e Klaus Negri Costa (2020, p.64), que nos alertam para três nuances do postulado da presunção de inocência: é uma regra de tratamento que se dirige ao legislativo, operadores do direito e a sociedade, sendo esta a essência da presunção de inocência, pois se não há uma condenação definitiva, o indivíduo é presumivelmente inocente, não podendo, por exemplo, ter a sua pena base exasperada em virtude de inquéritos policiais pretéritos ou em andamento, assim como demonstra o caráter excepcional das prisões cautelares; Outra nuance decorrente do postulado da presunção de inocência é a distribuição do ônus da prova, que cabe à acusação demonstrar a culpa do réu e não o contrário; por fim os professores destacam que a prisão como efeito da condenação, isto é, a pena somente pode ser iniciada com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que foi motivo de intenso debate e alterações jurisprudenciais no âmbito da suprema corte (assunto que aprofundaremos no capítulo seguinte).

Neste sentido Aury Lopes Júnior (2014, p. 121) nos alerta que o princípio da presunção de inocência deve ser maximizado em todas as suas nuances, e aduz que a garantia fundamental da presunção de inocência é um dever de tratamento que atua em duas dimensões: interna e externa. Aduz o supracitado professor que a dimensão interna ao processo se consubstancia num dever de tratamento imposto primeiramente ao juiz, determinando que a carga probatória recaia completamente sobre o acusador e que a dúvida conduza o magistrado à absolvição do réu, assim como impõe restrições à utilização de prisões cautelares, é, portanto, no seio processual que a presunção de inocência instrumentaliza uma de suas maiores funções: regra de tratamento de modo que o marco para exaurimento dos efeitos protetivos da referida garantia ocorre com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo texto constitucional vigente mais amplo do que a

disposição contida na convenção americana de direitos humanos, no que se refere à presunção de inocência.

A respeito da dimensão externa ao processo, prossegue Aury Lopes Júnior (2014, p. 121), afirmando que o princípio da presunção de inocência reclama à proteção contra a publicidade abusiva e a precoce estigmatização do réu, de modo que em cumulação com outras garantias fundamentais como a privacidade e a proteção à imagem, há que se coibir o que o autor chama de “bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático” de modo que não observar a preservação da imagem do réu pode comprometer a eficácia da presunção de inocência.

Diante das considerações iniciais acima tecidas, é importante continuarmos a refletir sobre o princípio da presunção de inocência e as nuances acerca das tentativas de relativização, assim como alguns argumentos que tem advogado em favor de uma perigosa limitação do princípio em análise.

Cumprir iniciar esta reflexão afirmando de plano que uma ampla limitação ao princípio da presunção de inocência pode significar o atingimento de seu núcleo essencial de modo que nenhuma modificação desta natureza poderia operar-se diante de uma cláusula pétrea. Cumprir destacar que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, nenhum direito fundamental é, no caso da referida garantia individual, pode-se afirmar que as prisões cautelares, representam uma nítida limitação ao princípio da presunção de inocência, expressamente previstas no art. 283 do código de processo penal, de modo que nas linhas abaixo discorreremos mais sobre esta limitação.

Explicadas as premissas iniciais, é válido iniciarmos uma análise acerca do contexto que permeia a busca pela relativização do princípio da presunção de inocência, de modo que o ponto de partida para estudo é que enquanto princípio, a presunção de inocência, por vezes, poderá colidir com outros princípios, de modo que diferentemente da solução adotada por Alexy (2006, p.92) para os conflitos entre regras, onde ao final, uma delas terá de ser invalidada e excluída do sistema, pois seguem uma exatidão de ser ou não ser, o conflito entre princípios não terá uma solução pelo mesmo modo, uma vez que os princípios não se declaram inválidos, mas há a prevalência de um sobre o outro, ou seja, os princípios de maior “peso” tem maior precedência, como bem destaca Alexy (2006, p. 94).

Há que ressaltar que nenhum princípio por si é prioritário frente aos demais, devendo ocorrer um sopesamento entre os interesses em conflito de modo que desta análise se possa extrair qual princípio deve ser priorizado no caso concreto, como bem nos ensina Alexy (2006, p.95).

Vale ainda mencionar, também, o critério da proporcionalidade enquanto como um parâmetro seguro para limitação do Direito fundamental em análise, se verificadas as fases do referido critério de modo que não haja em nenhuma de tais fases a verificação de situações que tornem a intervenção estatal desproporcional.

Neste sentido, importa refletir acerca da questão atinente à relativização da garantia fundamental da presunção de inocência, de modo esta análise buscará problematizar a referida relativização com os conflitos entre direitos fundamentais, tendo em vista que a presunção de inocência tem sido confrontada por segmentos que advogam em favor de uma maior eficiência penal.

O cerne dos conflitos em torno do princípio da presunção de inocência, atingiu no ano de 2016, o apogeu das discussões acerca do tema, e ocorreu no âmbito do julgamento do Habeas corpus 126/292/SP, quando por maioria (sete votos a quatro), o Supremo Tribunal Federal, alterou o entendimento jurisprudencial, autorizando a denominada execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância.

Vale consignar que o habeas corpus 126.292/SP é aqui destacado como forma de demonstrar, através do referido julgamento paradigma, o modo como a presunção de inocência foi relativizada, e alguns argumentos preponderantes nas discussões acerca do tema.

Acerca do julgado acima mencionado, importa salientar que Portal e Gloeckner (2017) nos afirmam que a suprema corte brasileira promoveu uma “reconstituição semântica” do princípio da presunção de inocência, de modo que os autores identificam nos votos dos ministros alguns argumentos que põem em severa restrição o alcance do princípio da presunção de inocência, vejamos;

O ministro Luís Roberto Barroso, afirma em trecho de seu voto o seguinte: “adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem” (BRASIL, 2016, p. 41), e de modo semelhante se manifestou o ministro Gilmar Mendes, para quem a presunção de não culpabilidade “deve evoluir de acordo com o procedimento” (BRASIL, 2016, p. 68).

Cumprido demonstrar que Portal e Gloeckner (2017) nos alertam para outro argumento predominante no julgado em questão, presente no voto do ministro relator, que se baseando em estudo de direito comparado, sustentou o seguinte: “É dizer, a presunção de inocência não impede, que mesmo antes do trânsito em julgado o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado” (BRASIL, 2016, pág.12), os autores nos demonstram que através desta argumentação o alcance da presunção de inocência vai sendo redesenhado no julgamento em análise.

Importa salientar que é neste movimento de remodelamento semântico do princípio da presunção de inocência, que a relativização de seu conteúdo se instrumentaliza uma interpretação perigosamente restritiva, reforma que talvez nem fosse comportada por emenda à constituição dada a alta probabilidade de atingimento do núcleo essencial da garantia fundamental em análise, ou por representar meio demasiadamente gravoso de intervenção no direito fundamental sendo assim rechaçado pelo critério da proporcionalidade.

Ademais é importante atentar para o fato de que a extensa relativização da presunção de inocência reflete perigosa similaridade com o fenômeno denominado por *Jakobs* como direito penal do inimigo, que nas palavras de Luis Gracia Martín (2007 p. 85) seria uma legislação de guerra contra o inimigo, cuja finalidade é sua exclusão ou torna-lo inócuo ao seio social, de modo que uma das características deste fenômeno é a restrição de garantias e direitos processuais ao acusado, em especial a presunção de inocência, já que tal garantia põe os procedimentos do referido movimento em severa dúvida (MARTÍN, 2007, p. 90).

Insta mencionar que o “inimigo” da teoria de *jakobs*, seria aquele sujeito que se caracteriza por sua especial periculosidade, de modo que haveria uma busca destrutiva por parte deste sujeito, da legitimidade da ordem jurídica (MARTÍN, 2007, p. 84), de modo que toda a construção epistemológica e jurídica do direito penal do inimigo se volta para a exclusão deste sujeito do seio social.

A Referência ao direito penal do inimigo justifica-se, tendo em vista o perigo epistemológico e jurídico que a extensa relativização da presunção de inocência pode ocasionar, confundindo-se inclusive com um direito de exceção, como o direito penal do inimigo.

Vale destacar que o fenômeno da relativização da presunção de inocência guarda singular relação com os anseios da sociedade de modo que há sempre uma equivocada impressão do senso comum de que a garantia da presunção de inocência favorece a impunidade, neste sentido Portal e Gloeckner (2017) alertam para o fato de que a expansão do direito punitivo e a “flexibilização” da presunção de inocência, se destina ao atendimento do chamado “clamor popular” e está alinhada ao discurso do “senso comum punitivista”, neste sentido, os autores supracitados indicam alguns trechos dos votos de alguns ministros da suprema corte, a exemplo deste trecho retirado do voto do ministro relator que destaca a “necessidade de compatibilização de valores caros não apenas aos acusados, mas à sociedade” (BRASIL, 2016, p. 4).

Há que se ressaltar que o trecho acima explicitado, reforça o movimento de relativização da presunção de inocência, pois há no trecho do voto do Ministro relator, uma

construção semântica que demonstra um suposto conflito entre “valores caros à sociedade” e a garantia fundamental da presunção de inocência, o que não existe, ademais é preciso lembrar que a presunção de inocência também é um valor caro a sociedade, em especial quando está sendo instrumentalizada em favor daquele que é acusado, não a toa é um direito fundamental, respaldado pelo sistema de limitação material à reforma constitucional, insculpido no art. 60 §4º da lei maior.

Interessa anotar que Portal e Gloeckner (2017), ao se referirem acerca dos argumentos utilizados por alguns ministros do STF acerca da necessidade de dar uma resposta à sociedade, satisfazendo assim o senso comum, afirmam que a suprema corte “mutila” gravemente a garantia fundamental da presunção de inocência sob o fundamento constante de uma “impunidade endêmica”, o que demonstra o risco que o estado de direito sofre, quando o Guardião da constituição (Art.102, caput Constituição federal), sucumbe ao senso comum e não exerce sua função contramajoritária. Não por outra razão a extensa relativização da presunção de inocência é tão somente uma das faces do famigerado direito penal do inimigo, o que vem depois de relativizar as garantias fundamentais do acusado, é uma verdadeira revisitação à inquisição, porém com uma nova roupagem, mas com a velha missão de eliminar o “inimigo”.

A presunção de inocência é, portanto, um instrumento de proteção ao indivíduo, em especial quando instrumentalizada no curso do processo penal, porém isto já foi aqui exaustivamente tratado, mas cabe alertar novamente a importância desta garantia fundamental, tendo em vista que reconstruções semânticas ou remodelações hermenêuticas podem promover um esvaziamento do conteúdo do referido direito fundamental, tornando-o ineficaz em sua tarefa protetiva, o que violaria de plano a constituição federal vigente, já que esta foi clara quanto ao marco final da presunção de inocência: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, isto é, o esgotamento das possibilidades recursais.

III - ADCS 43,44 e 54 e a modificação jurisprudencial à luz da garantia fundamental da presunção de inocência.

O objetivo do presente capítulo é analisar a modificação jurisprudencial acerca da chamada execução provisória da pena à luz do princípio da presunção de inocência. Neste sentido cumpre trazer à baila o histórico jurisprudencial do tema em análise.

No ano de 2009, no julgamento do habeas corpus 84.078/MG, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a questão da execução antecipada da pena e definiu que o art. 5º

LVII da constituição federal obsta o cumprimento de pena antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória.

Em seu voto, o relator, Ministro Eros Grau ao se referir sobre a possibilidade de execução da sentença quando pendentes recursos sem efeito suspensivo, a teor do que dispõe o art. 637 do Código de processo penal, afirma que a lei de execuções penais condicionou o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como dispõe em seu art. 105, o que se encontra em adequação ao disposto no art.5º inciso LVII da constituição federal de modo que a lei 7.210/84 se sobrepõe material e temporalmente ao art. 637 do CPP (BRASIL, 2009, p.1080).

Cumprir destacar que em outra passagem do seu voto, o ministro relator destaca a clareza do texto constitucional acerca da vedação da execução antecipada da pena, vejamos: “Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a constituição, nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2009, p. 1082).

Ao final do julgamento em plenário, prevaleceu a tese do voto do Ministro relator, por um placar de sete votos à quatro, fixando-se a impossibilidade da execução antecipada de pena, ocorre que o tema volta à suprema corte no ano de 2016, no julgamento do habeas corpus 126.292./SP, oportunidade na qual a suprema corte modificou o entendimento até então pacificado, para permitir a execução antecipada de pena. Vale destacar alguns dos argumentos do voto do Ministro relator, que conduziu a referida modificação jurisprudencial.

De início vale mencionar que a modificação promovida em 2016 segue por uma linha oposta ao que foi definido pela corte em 2009.

Ao iniciar o seu voto, o ministro Teori Zavascki, relator do habeas corpus em julgamento, situa o cerne de sua argumentação em dois aspectos: o alcance do princípio da presunção de inocência e a “busca de um necessário equilíbrio” entre a presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal, destacando que deveria haver atendimento não apenas aos valores caros não apenas aos acusados, mas a toda sociedade (BRASIL, 2016, p.04).

Neste sentido cumprir destacar alguns dos principais argumentos que conduziram à modificação jurisprudencial, vejamos.

Ao se referir acerca do momento em que se deve relativizar a presunção de inocência, e a impossibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinários, o ministro relator destaca o seguinte: “é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a

possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016, p.06).

Outro argumento preponderante para a fixação do novo entendimento acerca da presunção de inocência sustentado pelo relator destaca claramente que não haveria incompatibilidade com a garantia constitucional da presunção de inocência, a autorização da produção dos efeitos da responsabilização criminal, ainda que pendentes recursos de natureza extraordinária (BRASIL, 2016, p. 08)

O entendimento firmando no voto do relator obteve maioria, foi seguido pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Luis Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Edson Fachin e pela Ministra Cármen Lúcia e divergiram do relator a Ministra Rosa weber, e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, deste modo em 2016 passa-se a autorizar a execução antecipada da pena.

Vale mencionar que o tema permaneceu em conflito até o ano de 2019, quando o Supremo Tribunal Federal, enfrentou o tema através das ADCS 43, 44 e 54, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional, Partido Comunista do Brasil e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujo objetivo era assentar a constitucionalidade do art. 283 do código de processo penal que reproduz o postulado da presunção de inocência, contido no art. 5º *LVII* da constituição federal de 1988.

Cumprе salientar que a análise dos votos dos ministros do STF no julgamento das ADCS acima mencionadas, não será exauriente, de modo que apenas os principais fundamentos serão aqui destacados, com vistas à manutenção da objetividade do presente trabalho.

Em seu voto no âmbito do julgamento das ADCS 43,44 e 54, o relator, Ministro Marco Aurélio, destaca que a constitucionalidade do art. 283 do CPP, nem mesmo poderia ser questionada, tendo em vista a clareza do texto constitucional, Vejamos: “O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir” (BRASIL, 2019, p.37) assim como nas linhas iniciais de sua decisão, o relator destaca: ”a literalidade do preceito não deixa dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.” (BRASIL, 2019, p.33).

Importa mencionar que o ministro relator destaca que a exceção ao princípio da presunção de inocência, encontra-se nas hipóteses do art. 312 do CPP em situações individualizadas (BRASIL, 2019, p. 34). Em outro trecho de seu voto, o relator destaca que descabe invocar argumentos metajurídicos para subversão da garantia constitucional em

análise, o que para o ministro deveria ser assegurado pela suprema corte (BRASIL, 2019, p. 34).

Cumprido mencionar que O ministro relator reafirma o trânsito em julgado como sendo marco preclusivo da presunção de inocência, destaca em seu voto o seguinte: “coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores.” (BRASIL, 2019, p.37).

Em outro trecho de seu voto, o ministro relator afirma o seguinte: “Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com o direito de ir e vir dos cidadãos” (BRASIL, 2019, p. 37) e deste modo justifica a importância do trânsito em julgado como marco preclusivo, vejamos: “Daí se extrai a importância marco revelado pela preclusão maior do título condenatório” (BRASIL, 2019, p. 37).

O ministro relator finaliza seu voto julgando procedentes os pedidos formulados nas ADCS em análise, para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

Posição semelhante é a adotada pela ministra Rosa Weber, que em seu voto reafirma a clareza do inciso LVII do art. 5º da lei maior, ao dizer que tal dispositivo não se encaixa nos espaços de discricionariedade do magistrado, e prossegue afirmando que a presunção de inocência é um princípio, mas que traz consigo uma regra que não pode ser ignorada, “trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete” (BRASIL, 2019, p.173). A Amarra referida pela ministra Rosa Weber traduz no trânsito em julgado enquanto termo final da presunção de inocência (BRASIL, 2019, p. 174).

Vale mencionar que o ministro Lewandowski também faz um breve, porém conciso exame das condições do judiciário brasileiro, de modo que alça a presunção de inocência ao grau mais elevado das garantias individuais, ao considerar o “congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro” e a sobrecarga de processos e as metas do Conselho nacional de justiça a que estão vinculados os magistrados e prossegue afirmando que neste contexto, somando-se o alto número da população carcerária, sendo 40% desta população, constitui-se de presos provisórios, destaca o ministro o seguinte: “multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias.” (BRASIL, 2019, p. 250) reafirmando a importância da presunção de inocência nos tribunais superiores.

Interessante ótica está contido em um argumento do ministro Gilmar Mendes que em seu voto, ao tratar da presunção de inocência destaca o seguinte: “Se adotássemos uma visão

rigorosa, nem mesmo poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias” (BRASIL, 2019, p. 297).

Cumpra ainda mencionar que em seu voto, o ministro Celso de Mello, ao tratar da comparação da presunção de inocência em nossa lei maior com semelhante previsão nas constituições de outros estados internacionais, destaca que ao contrário dos estados comparados ao Brasil, não há a exigência de trânsito em julgado para que cesse a presunção de inocência, revelando uma proteção mais intensa que a carta magna brasileira confere à garantia da presunção de inocência (BRASIL, 2019, p. 393).

Importa mencionar que apesar de acompanhar o relator no que tange à declaração da harmonia do art. 283 do CPP com o inciso *LVII* do art. 5º da constituição federal, o ministro Dias Toffoli, excepciona a condenação proferida pelo tribunal do júri, entendendo que em virtude do princípio da soberania dos veredictos, a execução da pena deve ser imediata.

No que diz respeito à corrente divergente, tem-se que esta, foi inaugurada pelo voto do ministro Alexandre de Moraes e foi acompanhado pelos ministros Luis Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux e pela ministra Carmem Lúcia, cumpre mencionar aqui, alguns fundamentos desta corrente, relevantes para a presente análise.

Em seu voto, que inaugura a divergência, o ministro Alexandre de Moraes destacando, em suma, uma análise da razão de existência da condicionante do trânsito em julgado, de modo que se possa delimitar o âmbito da presunção de inocência em face dos demais princípios penais e processuais penais, “em especial os da efetividade da tutela judicial, juiz natural, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório” (BRASIL, 2019, p.57).

Ademais, o ministro Alexandre de Moraes afirma em seu voto que é nas instâncias ordinárias que se dá a análise da culpabilidade de modo que os tribunais superiores tem competência constitucional restrita não sendo possível nova análise do conjunto probatório valorado nas instâncias ordinárias, destacando que a tutela judicial efetiva exige a execução antecipada da pena para que se evite a prescrição penal (BRASIL, 2019, p.61). O ministro Alexandre de Moraes votou no sentido de admitir a execução antecipada da pena após o julgamento em segundo grau.

O ministro Edson Fachin, vota, assim como o ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que a execução antecipada da pena não viola o princípio da presunção de inocência, e cita textos normativos de outros países de modo a sustentar uma limitação do alcance da presunção de inocência (BRASIL, 2019, p. 79). Aduz o ministro Fachin, que a interpretação do princípio da presunção de inocência deve ser compatibilizada com os demais

princípios e regras constitucionais, não vedam a execução antecipada da pena (BRASIL, 2019, p. 86).

Em seu voto o ministro Luís Roberto Barroso destaca, ao se referir aos fundamentos contrários à execução antecipada da pena, que tais argumentos não resistem ao “teste da realidade” (BRASIL, 2019, p.95). Destaca ainda o ministro o art.5º da lei de introdução às normas do direito brasileiro para que o juiz tenha como baliza ao aplicar à lei a finalidade desta e às exigências do bem comum e deixa claro que esperar o esgotamento das possibilidades recursais para execução da pena é “procrastinar indefinidamente o processo” (BRASIL, 2019, p. 96). O ministro Barroso cita ainda dados do Departamento penitenciário nacional, para sustentar que após a execução antecipada da pena autorizada pelo STF em 2016 o percentual de encarceramento reduziu após 2016 (BRASIL, 2016, p. 98). Destaca ainda que é o inciso LXI do art. 5º da constituição federal que trata da prisão, e afirma que o requisito para decretação da prisão é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária e não o trânsito em julgado (BRASIL, 2019, p. 108).

Em seu voto, o ministro Luiz Fux sustenta a limitação do alcance do princípio da presunção de inocência, afirmando que este deve harmonizar-se com as demais normas e garantias previstas na constituição (BRASIL, 2019, p.209). Afirma ainda o ministro Fux, que o princípio da presunção de inocência exige-se tão somente prova da culpa do acusado (BRASIL, 2019, p. 230). Ao final de seu voto, relembra o ministro Fux, que os recursos extraordinários não tem efeito suspensivo e que a garantia da presunção de inocência não se confunde com imunidade à prisão decorrente de condenação (BRASIL, 2019, p. 240).

A ministra Carmem Lúcia, ao acompanhar a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, destaca que em sua compreensão a eficácia do direito penal se dá através da delimitação dos delitos e certeza do cumprimento das penas (BRASIL, 2019, p.273) de modo que busca em seu voto sustentar uma harmonização da garantia da presunção de inocência com a efetividade do direito penal.

Diante dos argumentos acima expostos, verifica-se que a tese majoritária, ao declarar a constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal, isto é, sua harmonia com o artigo 5º inciso *LVII* do texto constitucional, inegavelmente restabeleceu a força do conteúdo axiológico do princípio da presunção de inocência (amplamente restringido em 2016), assim como reconheceu que em que pese não seja um direito fundamental absoluto, a presunção de inocência já comporta restrições, contidas nas hipóteses de prisões cautelares.

A restrição ao conteúdo do direito fundamental é necessária para harmonizar as normas no sistema, mas é preciso atentar para o critério da proporcionalidade para saber até

onde limitar o alcance da garantia fundamental, de modo que a irrestrita limitação pode significar, como bem afirmou a ministra Rosa Weber, uma reescrita do texto constitucional, que no caso em análise sequer pode ser feita pelo legislador, por força do art. 60 §4º da Constituição Federal. O artigo 5º inciso *LVII* de fato é claro quanto ao marco preclusivo da presunção de inocência: o Trânsito em julgado.

É preciso cuidar para que em nome da eficácia do poder punitivo, que deve existir, não se promova uma ampla restrição do sentido das garantias fundamentais, pois a violência é fenômeno multifatorial, que cada sociedade em sua *práxis* encontra uma solução, certamente em nossa sociedade a solução não perpassa pelo pleno esvaziamento das garantias penais e processuais penais de modo que restringir ainda mais a presunção de inocência, parece ferir o critério da proporcionalidade.

Portanto afirma-se que o STF promoveu em 2019 uma interpretação que evitou uma ampla restrição do princípio da presunção de inocência, mas é preciso atentar para a jurisprudência, que assim como a história é dialética, de modo que os argumentos sustentados pela corrente “vencida” em que pese razoáveis tendem a restringir de modo amplo o conteúdo e alcance da presunção de inocência, pois quem saiu “vencido”, “amanhã” poderá sair hegemônico futuramente, e a situação novamente chegar ao supremo, por meio de uma Proposta de emenda à Constituição, a exemplo da proposta de emenda à Constituição Nº 5/2019, reacendendo assim, o debate e novamente a possibilidade de uma limitação da presunção de inocência, porém, por hora, conclui-se que não houve na modificação jurisprudencial promovida pelas ADCS 43,44 e 54 uma restrição da garantia da presunção de inocência, mas sim o restabelecimento pleno de seu conteúdo, que foi amplamente restringindo no julgamento do HC 126.292/SP, em 2016.

Conclusão

O presente trabalho partiu da seguinte pergunta de pesquisa: Teria a suprema corte do Brasil agido em conformidade com a garantia fundamental da presunção de inocência, ao modificar o entendimento jurisprudencial acerca da execução provisória da pena?

Para atingir o objetivo geral Compreender se a modificação do entendimento jurisprudencial viola o princípio da presunção de inocência, traçou como objetivos específicos fazer uma análise acerca dos direitos fundamentais sua extensão e relativização, já que a presunção de inocência é um direito fundamental, assim como analisar especificamente a presunção de inocência e seu panorama geral e por derradeiro analisar o julgamento das

ADCS 43, 44 e 54 perante a suprema corte a luz do princípio da presunção de inocência para assim verificar se houve uma extensa relativização do conteúdo do referido princípio, o que violaria a lei maior, ou se seu sentido foi mantido.

Este trabalho partiu da abordagem qualitativa, tendo como técnicas metodológicas a revisão bibliográfica e a análise de documentos.

Para cumprir o objetivo geral, inicialmente no capítulo I tratou-se das generalidades dos direitos fundamentais, assim como a sua extensão e relativização de modo que resultado alcançado consistiu na explicação da conceituação e as generalidades que permeiam os direitos fundamentais.

No capítulo II realizou-se uma análise específica acerca do princípio da presunção de inocência, assim como das controvérsias jurisprudenciais sobre o referido princípio, obtendo como resultado a verificação de que a presunção de inocência já sofre limitação e que a extensa relativização de seu conteúdo pode comprometer a função protetiva de tal garantia.

No capítulo III procedeu-se a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema de modo que se passou pelas decisões proferidas nos anos de 2009 no julgamento do HC 84.078/ MG e 2016 no julgamento do HC 126.292/SP. Em especial a análise das ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 de modo que como resultado verificou-se que o princípio da presunção de inocência teve sua força normativa e conteúdo restabelecidos, vale destacar que sob o crivo do critério da proporcionalidade, uma percebe-se que a limitação proposta pelos ministros da corrente “vencida” pode ser barrada pela necessidade, pois as soluções ali propostas parecem excessivamente gravosas, frente a outras, inclusive em previstas em lei, que já limitam a presunção de inocência, assim com pelo fato de o princípio da presunção de inocência já comportar restrições por norma infraconstitucional que prevê a possibilidade de prisões cautelares.

O tema aqui tratado, não foi exaustivamente debatido, uma vez que dada a extensão do conteúdo doutrinário acerca dos direitos fundamentais e suas generalidades, assim como o vasto conteúdo do julgamento das ADCS 43, 44 e 54, surgiram como a maior dificuldade encontrada na pesquisa para realização do presente trabalho, pois dado o espaço limitado das páginas, optou-se por uma maior objetividade nas análises, mas mantendo o conteúdo essencial para o alcance da qualidade no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução; Virgílio Afonso Da silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo penal didático**. 3ª ed. Salvador. Juspodivm, 2020

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição Nº 5 de 2019**. Insere o inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal, para positivizar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado. BRASÍLIA, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135253>>. Acesso em : 29/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078** do pleno do Supremo tribunal Federal, Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de Fevereiro de 2009. Diário da justiça eletrônico, edição n. 35, Brasília, DF, 26/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.126.292** da segunda turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 17 de Fevereiro de 2016. Diário da justiça eletrônico n. 100, Brasília, DF, 17 de Maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 43** do pleno do Supremo tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 44** do pleno do Supremo tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 54** do pleno do Supremo tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 07 de Novembro de 2019. Diário da justiça eletrônico, edição n. 270, Brasília, DF, 12/11/2020.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil**.1988

BRASIL. **Decreto nº678. Convenção americana de direitos Humanos**. 1992

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito constitucional**. Salvador 12ª Ed. Juspodivm, 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo. 8 ed. Thomson Reuters Brasil,2021.

PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH, Fábio. (2020). **Extensão dos direitos fundamentais no brasil: os direitos esparsos e os de “origem alienígena”, integrantes do bloco de constitucionalidade nacional contemporâneo**. *REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ*, 3(1). Disponível em: <<https://doi.org/10.46818/pge.v3i1.90>>. Acessado em: 22/03/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª ed Salvador, Juspodivm,2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. Salvador. 8ª Ed. Juspodivm, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5ª ed. são paulo. Atlas, 2014.

MARTÍN, Luis Gracia. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução; Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO HABEAS CORPUS N. 126.292 JULGADO PELO STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória**. Revista de Direito Brasileira, [S.L.], v. 17, n. 7, p. 391-407, 1 ago. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduacao em Direito - CONPEDI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5585/rdb.v17i7.505>>. Acessado em: 17/04/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado editora. 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual Constitucional**. 3ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009.