

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 410, DE 2018

Apensado: PEC nº 411/2018

“Altera o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”.

Autor: Deputado ALEX MANENTE

Relatora: Deputada CAROLINE DE TONI

VOTO EM SEPARADO

I. Tramitação e Relatório

A proposta principal de Emenda Constitucional modifica o inciso LVII, do art. 5º, da Constituição Federal, para relativizar o princípio (direito fundamental) da presunção de inocência nos seguintes termos:

Texto Atual da Constituição Federal	Texto da Proposta de Emenda à Constituição nº 410, de 2018.
Art. 5º (...). LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;	Art. 5º (...). LVII – ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso.

Afirma o autor da proposta que a iniciativa objetiva atualizar o texto constitucional, nos seguintes termos:

“(...) Compreensível, por termos saído recentemente de uma época de terror e perseguição, que a Constituição da redemocratização garantisse a não-culpabilidade até a decisão do último recurso juridicamente possível. No entanto, devemos admitir que, passados quase 30 anos, o momento social e o regime político-constitucional em que vivemos tornou-se diferente. Com muito esforço, a sociedade brasileira caminhou no sentido de exigir transparência e garantia de seus direitos no âmbito social e político; as instituições políticas, por sua vez, tornaram-se mais sólidas e confiáveis. A **democracia brasileira amadureceu**. As instituições funcionam perfeitamente; com autonomia e dentro dos limites constitucionais. O Poder Judiciário é independente, não sofre influência daqueles que

estão no poder. Não vigoram, portanto, os motivos determinantes que levaram os Constituintes a adotar norma extrema que, na prática, desconsidera a independência dos magistrados de instâncias inferiores. **Para atualizar o texto constitucional – e em um ponto que é extremamente importante para a consolidação da confiança da sociedade brasileira nas instituições políticas – apresentamos a presente proposta de emenda à Constituição, para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação da sentença penal condenatória em grau de recurso.** Acreditamos que o princípio da presunção de inocência já está garantido pois, no processo penal, é dever da acusação trazer provas para a condenação do acusado. Mesmo com provas suficientes para a condenação em primeira instância, ainda assim o réu poderá recorrer pela reforma da decisão. E é nesse momento – no grau de recurso – que se encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado. Os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Portanto, **mantida a sentença condenatória, estará autorizado o início da execução da pena. (...)" (grifos nossos)**

Encontra-se apensada à proposição inicial a Proposta de Emenda à Constituição nº 411/2018, que pretende consolidar o entendimento de que ninguém será considerado culpado até o esgotamento da jurisdição perante o Tribunal de segunda instância, semelhante ao propósito do texto principal.

Do ponto de vista formal, constata-se que as proposições atendem ao requisito de subscrição por, no mínimo, um terço do total de membros da Casa (art. 60, I da CF/88), assim atestado pelo órgão competente da Secretaria-Geral da Mesa.

A relatora designada apresentou parecer concluindo pela admissibilidade de ambas propostas.

Houve pedido regimental de vista e foi iniciado o processo de discussão da matéria no âmbito desta Comissão.

Em 30 de outubro de 2019, foi realizada audiência pública com a presença dos seguintes expositores: Sr. Jorge Octávio Lavocat Galvão, Procurador do Distrito Federal; Sr. Luiz Viana Queiroz, Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; Sr. Marcelo Semer, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Sr. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro, Jurista e Professor de Direito Penal e o Sr. Vladimir Passos de Freitas, Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

É o Relatório.

II. Das inadmissibilidades – art. 60, §4º da Constituição Federal

“Quanto à injustiça, há duas espécies: uma a que é ação dos que injuriam; outra que é omissão quando, podendo impedir, não o fazemos. Atacar injustamente seus semelhantes, por movimento de cólera ou de qualquer outra paixão, é como levar a mão à cara do próximo; não impedir uma injustiça quando tal se pode fazer, é como se abandonar seus pais, seus amigos, sua pátria. Uma injustiça premeditada é sempre fruto do medo, decidindo-se assim pelo temor deixando-se prevenir e sendo por isso vítima de si mesmo. (...)

Quanto à injustiça, é cometida de duas maneiras: pela violência e pela fraude. Uma pertence a raposa, outra ao leão. Todas as duas são indignas do homem, mas a fraude é a mais odiosa. De todas as injustiças, a mais abominável é a desses homens que, quando enganam, procuram parecer homens de bem. (...)

O fundamento da justiça é a boa-fé, ou seja, a sinceridade nas palavras e a fidelidade nas convenções. Embora isso possa parecer forçado, imitamos os estoicos, que procuravam cuidadosamente a etimologia de cada termo; cremos que a fé vem de fazer, porque se faz o que se diz.

(Mario Túlio CÍCERO – Dos Deveres)

É desse substrato republicano originário de Cícero (citado em epígrafe) que apresentamos o presente Voto em Separado. Porque a Bancada do Partido dos Trabalhadores tem o dever de não se omitir diante da injustiça. Não levará a mão à cara do próximo por cólera, muito menos premeditadamente. Nem deixará de enfrentar o leão da fraude que engana a sociedade porque assim cometer-se-ia injustiça.

O objeto que está em apreciação, na presente PEC, não se refere à “vedação de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como prefere dizer aqueles que falseiam a verdade decorrente do direito fundamental em questão, o que se está a admitir ou não nesta quadra se refere à relativização de uma cláusula pétrea constitucional que sempre foi compatível com as possibilidades de prisão de sentenciados, se assim a Justiça entender necessário, no caso concreto.

Em razão do exato conteúdo constante das Propostas não há como prosperar em seguimento válido na tramitação legislativa. O inciso LVII (presunção de inocência) está inserido no art. 5º da Constituição Federal, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, cláusulas pétreas que não podem ser modificadas ou, no caso concreto, reduzidas, relativizadas.

É de competência desta Comissão o juízo de admissibilidade de PEC e, nesta fase de tramitação a análise deve ater-se aos aspectos formais - que neste caso não tem óbice constituído – e aos elementos constitutivos para deliberação de sua admissibilidade.

Os incisos elencados no §4º do Art. 60 do texto constitucional indica conteúdo sobre o qual **está vedado o objeto de uma proposta de emenda à Constituição**, entre eles, a **ofensa à separação dos Poderes** e aos **direitos e garantias individuais**:

“Art. 60

.....

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

.....

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

À vista disso, o magistério de Dirley da Cunha Júnior elucida que o acréscimo de direitos não é vedado ao constituinte derivado e, o que o originário constituinte quis e assim determinou foi alteração ofensiva às estruturantes garantias de direitos:

Ora, é indubioso que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para acrescentar ao texto constitucional novos direitos (por exemplo, o direito social à moradia, que foi acrescentado ao art. 6º pela EC nº 26/2000) e novas garantias (por exemplo, a garantia da razoável duração do processo, que foi inserida, como inciso LXXVIII, ao art. 5º pela EC nº 45/2004). A própria lei pode ampliar o conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, porém jamais esvaziá-lo. Podemos dar o seguinte exemplo: uma lei pode ampliar a garantia constitucional do Júri para, além da sua competência garantida para julgar os crimes dolosos contra a vida, acrescentar outros crimes (como latrocínio, lesão corporal seguida de morte, etc); só não pode a lei, nem emenda constitucional, retirar da competência do Júri os crimes dolosos contra a vida, pois se trata aí de seu conteúdo mínimo, que é imutável. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 203.):

No mesmo sentido, assim asseverou o Supremo Tribunal Federal:

“A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. [ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011.] = ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994.

Sobre o tema concreto aqui sob apreciação, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão plenária no último dia 07 de novembro, em julgado prolatado no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF, que **o art. 283 do Código de Processo Penal é constitucional e harmonizado com o inciso LVII do art. 5º da Magna Carta** e nele está previsto que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em

julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Nesse *decisum*, a Suprema Corte Constitucional brasileira disse NÃO à relativização da presunção de inocência, sem com isso, por óbvio, afastar a possibilidade de que qualquer instância judiciária possa determinar prisões, quando presentes as condições indispensáveis para efetivar a restrição ao direito fundamental da liberdade do indivíduo, concretizadas no normativo legal penal vigente, que legitima a autoridade a efetivar prisão temporária ou preventiva.

Nos votos vencedores dos ministros do STF houve significativa afirmação da interpretação restritiva da fundamentalidade da presunção de inocência, entendendo que: quando se procura restringir tal garantia, viola direitos fundamentais (cláusulas pétreas), de modo que a iniciativa não pode ser admitida no Parlamento, como será argumentado a seguir.

a) **Inadmissibilidade por violação a direitos fundamentais – cláusula pétrea – inciso IV do §4º do Art. 60**

A extensão sistêmica da interpretação jurídica do inciso IV do §4º do art. 60 para alcançar as chamadas cláusulas pétreas, dispostas em diversos artigos ao longo da Constituição, é matéria amplamente admitida tanto nesta Comissão quando, por inúmeras vezes, deixou de dar seguimento à PEC por infringir direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido está toda a construção jurídico-teórica e mesmo jurisprudencial na máxima Corte judiciária brasileira, a respeito da leitura sistêmica do conteúdo essencial protegido pelo constituinte originário que não admitiria redução ou retrocesso de seu texto ou dos efeitos já garantidos à sociedade.

Em voto, o Ministro **Ricardo Lewandowski**, ao comentar sobre o fenômeno da mutação constitucional, tão celebrada nos últimos tempos, lembra que, em qualquer de seus efeitos, seja o *formal, em que determinado preceito é modificado pelos legisladores ou pelos juízes, mediante interpretação*, ou pelo efeito informal, que decorre do desuso de algum preceito *por não corresponder mais à realidade dos fatos*: “Seja qual for a maneira como se dá a mutação do texto constitucional, ela jamais poderá vulnerar os valores fundamentais sobre os quais se sustenta”.

O magistrado ainda alerta sobre ser a presunção de inocência, com toda a certeza, a cláusula pétrea que talvez represente “a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro”.

Também ressalta:

intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias. (Voto proferido – ADC 43-DF, p. 3)

Sem precisar adentrar na desastrosa realidade do sistema prisional nacional, que não pode ser usado para deixar de fazer cumprir as penas restritivas de liberdade, mas também sem poder ser questão omitida, tendo em vista a caótica realidade do sistema que já não assegura dignidade aos aprisionados e aprisionadas, justifica a motivação do Ministro fazer referência ao “*estado de coisas inconstitucional*” em que o julgador deve ter em vista para o não cometimento de erros judiciais que, nesses casos de prisão, são irreversíveis no tempo e na subjetividade da vida dos indivíduos. De acordo com dados do CNJ de 2019, temos 812 mil presos no país, para apenas 415 mil vagas no sistema prisional.

O decano da Corte também em seu voto trouxe à baila a condição de cláusula pétrea do tema debatido,

Cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétreia, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então, em razão de seu novo “status poenalis”, a ostentar a condição de culpado. (Voto min. Celso de Mello. ADC 43-DF, p. 27)

Do mesmo modo, a ministra Rosa Weber foi maestra no voto proferido na mesma multi-referida ação ao dispor sobre a responsabilidade do enquadramento e do valor de cláusula pétreia o inciso LVII do art. 5º da CF/88:

“Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresso, **ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória**. Repito, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
(...)

A **segurança jurídica** consiste em um **valor** ínsito à **democracia**, ao **estado de direito** e ao próprio **conceito de justiça**, além de traduzir, na ordem constitucional, uma **garantia dos jurisdicionados**. A **imprevisibilidade** é, por si só, elemento capaz de **degenerar o direito em arbítrio**.

(...)

Sem desconsiderar o caráter eminentemente político das relações entre os Poderes, tendo em vista o resguardo à própria ideia de democracia,

fundamento maior da República, a **interpretação** da Constituição, todavia, deve reconhecê-la como unidade textual, sistema completo (embora não fechado), cujo sentido jurídico e coerência são encontrados nela própria. Repito: o sentido da norma constitucional há de ser extraído, primordialmente, dela mesma, tomada como sistema.

(...)

O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da **presunção de inocência**, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma **regra** propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. **Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete.**

Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.” (min. Rosa Weber, ADC 43-DF)

Na sequência, a ilustre magistrada cita Rui Barbosa que já exprimia a compreensão a **imperatividade** das normas constitucionais **definidoras de direitos**, de que “*não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos*” (BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-9.

O oportunismo político presente na pressa em acelerar a apreciação desta PEC não se harmoniza com as condições reais presentes nos processos judiciais criminais no Brasil. Preocuparam-se com a soltura do ex-presidente Luis Inácio LULA da Silva e de qualquer dúzia de ex-políticos presos em razão de condenações primeiras e com recursos pendentes. Sem realçar que, contra esses, a prisão temporária ou preventiva não esteve justificada, por motivações legais e decisão judicial, tanto assim que, para outros desses sentenciados famosos, a prisão está mantida, porque representam risco ao prosseguimento das investigações ou dos processos, como é o caso do ex-deputado federal Eduardo Cunha ou do ex-governador do estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, para citar exemplos.

No voto do relator da ADC 43, aqui citada, o ministro Marco Aurélio define os padrões sobre os quais se fixa a tese, posteriormente vencedora, no julgamento final da matéria de que o título judicial condenatório recorrível não é significado, por si, de autorização para prisão:

“A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da

recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva". (ADC 43-F Voto relator, p. 21)

Portanto, o tema aqui afeto não se refere à impunidade, como preferem os defensores irracionais do aprisionamento exacerbado e também parte da mídia que retrata o assunto dessa maneira. Se forem preenchidas as condições de efetivação da prisão, em qualquer etapa da persecução penal, esta está autorizada sob o comando de qualquer magistrado competente no caso. Bem explica Fernandes Capez sobre tais circunstâncias:

Somente poderá, no entanto, ser decretada quando preenchidos os requisitos da tutela cautelar (fumus boni iuris e periculum in mora). Nesse sentido, dispõe o art. 312 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada: (a) para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (periculum in mora) + (b) quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (fumus boni iuris). Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo.

A prisão preventiva somente será admissível dentro de nosso panorama constitucional, quando demonstrada a presença dos requisitos da tutela cautelar.

A medida é excepcional e, mesmo justificado o periculum in mora, não será imposta, contanto que possível outra medida menos invasiva ao direito de liberdade, dentre as elencadas no rol do art. 319 do CPP. (CAPEZ, Fernandes. Curso de processo penal. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.)

Com o propósito de afastar os erros divulgados em torno desse assunto, o ministro Celso de Mello, em seu voto na ADC 43, também se dedicou a desvelar os mesmos padrões de explicação sobre a realidade autorizatória judiciária de definir a prisão até mesmo antes da eventual condenação, nos termos da lei, pois o que não existe no universo constitucional é a prisão provisória decorrente da mera sentença condenatória, ainda recorrível:

Isso significa, portanto, ao contrário do que se tem erroneamente divulgado, que a prisão cautelar, como a prisão preventiva e a prisão fundada em condenação meramente recorrível, pode ser imposta, sim, aos réus antes mesmo de sua eventual condenação ou do trânsito em julgado de sentença condenatória, eis que – insista-se – a prisão cautelar não tem por fundamento um juízo de culpabilidade, pois, como ninguém o ignora, a prisão cautelar ("carcer ad custodiam") – que não se confunde com a prisão penal ("carcer ad poenam") – não objetiva infligir punição à pessoa que a

sofre. Não traduz, em face da finalidade a que se destina, qualquer ideia de sanção. Na realidade, a prisão cautelar constitui instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (BASILEU GARCIA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Por isso mesmo, a prisão cautelar – que não envolve antecipação satisfativa da pretensão executória do Estado – revela-se compatível com a presunção constitucional de inocência. Tanto que, como já salientado, a própria Constituição possibilita a prisão em flagrante ou aquelas decorrentes de ordem, escrita e fundamentada, de autoridade judiciária competente, nos termos da lei. (Voto min. Celso de Mello. ADC 43-DF, p. 30)

O presidente do STF, no seu voto proferido na mesma ADC 43, na parte que firma a definição do objeto tratado, ou seja, sobre os efeitos da efetivação da culpa, conclui que esta só se configura no exaurimento do trânsito em julgado e que a possibilidade de prisão após sentença penal condenatória, deve ater-se às hipóteses estabelecidas nos artigos do CPP relativas ao cabimento de prisão preventiva, assim afirmando:

“Nesse contexto, a execução provisória da pena, por tratar o imputado como culpado e configurar punição antecipada, violaria a presunção de inocência como “norma de tratamento”, bem como a expressa disposição do art. 283 do Código de Processo Penal.

Em sua interpretação literal, a presunção de inocência exige que o réu seja tratado como inocente não apenas até o exaurimento dos recursos ordinários, mas sim até o trânsito em julgado da condenação, o que é bem diverso. (Voto Toffoli – ADC 43-DF, p. 10)

A teoria constitucional já consolidou o entendimento de que às emendas constitucionais, sob análise dos constituintes derivados, resta imposição de proibição para suprimir ou lesar princípios fundamentais, estendendo tal vedação para evitar um processo de erosão das garantias constitucionais, por uma mera interpretação ortodoxa que acabe por romper o desenvolvimento decorrente da aplicação do texto constitucional legítimo.

A presunção de inocência é princípio e não regra constitucional. O próprio ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292 (item 21 do voto) confirmou tal assertiva e como jurista e teórico do Direito Constitucional faz a distinção, no plano jurídico, de ambos conceitos:

Os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do direito. [...] As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma

permisão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização deste, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete – como no caso dos princípios – a avaliação das condutas aptas a realizá-los. [...] (HC 126.292, BARROSO, 2016, p. 238-243)

Definidos os marcos constitucionais do caso em questão, o ministro Marco Aurélio, relator da ADC 43-DF, reforça que o restabelecimento da segurança jurídica para o respeitoso cumprimento da ordem fundamental constitucional é o preço que se paga no Estado Democrático de Direito, o que, por óbvio, vincula a ação/iniciativa do Poder Legislativo, posto que não é dado a este Parlamento a opção pelo descumprimento da ordem constitucional:

Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídico-normativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia relembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”. (Voto relator. ADC 43-DF, p. 27)

É dessa lição do ilustre ministro Gilmar Mendes que se fulcra a construção da inadmissibilidade de PECs que deflagram um processo de *erosão* da Constituição:

(...) É que, nesse caso, a proibição atinge emendas constitucionais que, sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de *erosão* da própria Constituição. (...)
Ai reside o grande desafio da jurisdição constitucional: *não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo.* (MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, S. Paulo: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 2000, p. 124-125).

A jurisprudência do STF, de igual modo, ao exercer o controle de constitucionalidade de normas constitucionais de reforma - decidido na ADIn 815 (Rel. Moreira Alves, DJ 10.05.1996, RTJ 163, p. 872) – serve para a fase atual de exercício do juízo de admissibilidade de PEC pela CCJC, para evitar que o Congresso dê seguimento a matérias que, posteriormente, sejam afastadas e inutilizadas por sua incompatibilidade com o sistema de justiça e proteção constitucional construído a partir do próprio texto da Constituição aprovada pelo Parlamento.

Desde a Assembleia Nacional Constituinte, houve manifestações sobre a necessidade de proteção às mudanças constitucionais em momento de crise institucional, política e social. Em audiência pública da subcomissão de garantia da constituição, reformas e emendas, o então ministro Paulo Brossard, instado sobre o tema, asseverou corretamente:

Exatamente para que a alteração não se fizesse ao sabor de circunstâncias, sob o fogo das emoções, às vezes de uma turbulência que perturba os espíritos, enfim, no sentido da proteção da perenidade da lei.

(...)

Há determinadas situações que, efetivamente, até impõem a seriedade, até o patriotismo dos deputados, dos senadores, às reformas que se fizerem necessárias, a despeito de toda a febre, de todo o calor febril que possa ter determinada situação. Em regra este mecanismo estabelecido para a reforma da Constituição visa exatamente a sua preservação, visa exatamente a sua garantia, para evitar que movimentos, às vezes intensos, mas fugazes, venham a deixar marcas em uma lei que deve ter o timbre da perenidade, que deve ter o timbre da superioridade a estas agitações que são normais em qualquer sociedade.

(...)

Além disso, quem é que defende a Constituição? Todos os Poderes têm o dever de defender a Constituição. Como? Praticando-a com isenção, com lealdade. Quando se diz "Os Ministros dos Tribunais são os guardas da Constituição" são em termos, mas não são os únicos, não. Congresso Nacional, a Câmara, o Senado, o Poder Executivo têm o dever de zelar pelo cumprimento da Constituição.

(ANC - audiência pública no dia 05/05/1987)

A construção do juízo de inadmissibilidade da PEC 410/2019 merece toda essa exposição jurídico-constitucional para alicerçar o posicionamento tomado pela Bancada do Partido dos Trabalhadores, para reconhecer a notória ofensa ao princípio constituído na presunção de inocência disposto no inciso LVII do art. 5º da Magna Carta, que é garantia individual e, portanto, deve ter respeitada a primordialidade que representa, ao desenhar nosso precioso conteúdo pétreo.

Diante de propostas de emendas como as apreciadas nesse instante, o Estado é solicitado a abster-se de adoção de iniciativas que fragilizam ou destroem as garantias definidas em nosso Estado Democrático de Direito e, portanto, de não dispor de texto novo que imponha retrocesso - dissociação da conquistada materialização dos direitos individuais, como se verifica na PEC 410/2018 que apresenta uma precarização sem precedentes.

O presidente da CCJC, a relatora e os parlamentares que apoiam a presente PEC não se atentaram, em sua cólera política, especialmente por causa da soltura do presidente Lula, que praticam o abandono premeditado da Justiça, de que falou Cícero no trecho dos Deveres, transscrito na epígrafe deste voto. É a injustiça praticada das duas piores

formas, a da violência (raposa) e a da fraude (leão) que vocifera contra os cidadãos e os engana para fingir seus reais propósitos.

Dos parlamentares que apoiam a alteração retrocedente de direito fundamental, como pretendida nestas PECs sob análise, tem-se a infidelidade ao juramento de respeito e dignificação do texto constitucional. Sobre essa conduta vale novamente relembrar Cícero em outra clássica passagem quando desvelava a conjuração de Lúcio Sergio Catilina, que conspirava contra a ordem republicana de Roma:

“Até quando, ó Catilina, abusarás da nossa paciência?
A que extremos se há de precipitar a tua audácia sem freio? (...)
Não sentes que os teus planos estão à vista de todos?
Não vês que a tua conspiração a têm já dominada todos estes que a conhecem? Ó tempos, ó costumes!”

Aqui não se tratará do campo de compensações que se estabelece entre o Judiciário e o Legislativo, este último como expressão da manifestação política popular, o espaço da representação. As negociações mediadas pelos partidos políticos no modelo de democracia representativa republicana que existe na maioria dos Estados de Direito e que também se vive no Brasil, dispõem de uma sistemática de uso racional do espaço de deliberação política, estabelecendo acordos e a construção de decisões, de deliberações e do aparato normativo legitimado nos seus próprios processos.

O processo em questão é o da alteração da Constituição. Nesse processo é preciso observar as condições substanciais para sua legitimidade e facticidade (J. Habermas). Exatamente por ser questionável a suficiência de legitimidade formal para decidir sobre alteração do texto constitucional – iniciativa parlamentar –, essas deliberações produzidas na esfera do estado Democrático de Direito são postas com dinâmica de validação substancial e fática dessas iniciativas e conforme uma sistemática de uso racional das normas e das convenções. No caso em questão, **há impeditivo racional de alterar garantia individual disposta no rol dos Direitos fundamentais pela Constituição porque esta configura cláusula pétrea.**

Também as pretensões dos apoiadores desta PEC, inclusive da relatora, contra voto de quem se apresenta a presente manifestação de voto, querem ignorar os números formais da realidade processual penal brasileira, realçados nos votos dos ministros, inclusive do relator, Marco Aurélio, e do presidente da Corte, Dias Toffoli. Os dados são assustadores e demonstram que as investigações policiais não alcançam seu desiderato, que a maioria dos processos não têm resolutividade, que os presos provisórios do país representam 40% do total.

A baixa resolutividade dos crimes na fase policial é o maior problema nacional. A impunidade que vigora no país não está na ausência de penas nem de prisões, qualquer que

seja a fase processual, mas na ineficiência do aparato investigativo e da celeridade processual. O exemplo emblemático disso se refere à epidemia de homicídios existente no Brasil e que aproxima nosso país dos dados de países em guerra:

- em 2016 dados nacionais indicam 62.517 casos de homicídios;
- dados colhidos em 06 unidades da federação apontam o esclarecimento de aproximadamente 20% dos casos;

Transportado o número geral de 62.517, apenas 20 mil desses homicídios foram esclarecidos. Isso indica a impunidade gerada pelo sistema de investigação criminal, lembrando que as vítimas são maioria entre os moradores das periferias das grandes cidades, especialmente pretos, pardos, jovens.

Vale rechaçar também as afirmações de que a culpabilidade é definida na segunda instância e que, portanto, as condições de análise de provas não estariam permitidas nas instâncias superiores. Isso não se sustenta porque, por exemplo, pode ocorrer falhas na garantia do contraditório ou alguma nulidade a ser corrigida pelos tribunais superiores e assim, a prisão antecipada, apenas para iniciar uma condenação questionada em fase recursal, configura período de limitação imprópria à liberdade da pessoa.

Ainda convém ajustar a posição de impedimento de retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, plenamente aplicável neste caso sob análise, ao que dispõe o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da Organização das Nações Unidas e incorporada pelo Brasil - considerada pelos especialistas como *jus cogens* internacional, ou seja, de observância obrigatória por todos os Estados que a assinaram. *In verbis*:

“Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser **presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Por fim, vale citar a voz incontestável do jurista Ives Gandra Martins, em artigo denominado “Supremo não pode relativizar presunção da inocência”, que disse:

“Não sem razão, o constituinte tornou cláusula pétrea a presunção de inocência, não se justificando que possa o Supremo Tribunal Federal arvorar-se em poder Constituinte originário — já que derivado não poderia ser, diante da cláusula pétrea do inciso LVII do artigo 5º — e declarar que, onde escrito está “será considerado culpado após o trânsito em julgado” deve-se ler “será considerado culpado após decisão de segunda instância”, devendo sua pena ser aplicada desde então”.

O que se quer nesse momento, é preservar o Estado Democrático de Direito.

b) violação ao princípio da separação dos Poderes – inciso III, §4º, art 60

A Proposta de Emenda *sub examine*, ao modificar a redação do inciso LVII do art. 5º constitucional, proscreve a criação de negação à **decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário, como resultado do julgamento da ADC 43-DF, no último dia 07 de novembro que firmou a interpretação e fixou a extensão interpretativa do mesmo dispositivo constitucional objeto da PEC**. Sucede que, ao tolher integralmente a liberdade decisória da Corte Constitucional, a versão disposta na PEC 410/2018 vulnera, a um só tempo, o *núcleo essencial* de dois limites materiais encartados na Constituição de 1988: a **separação de poderes** (art. 2º) e a **garantia individual fundamental de presunção de inocência** (art. 5º, LVII).

Cumpre mais uma vez transcrever as palavras de ministros do Supremo, no multicitado julgamento sobre a presunção de inocência que rechaça desde logo a iniciativa parlamentar para minimizar a presunção de inocência, exatamente como pretendido na PEC sob apreciação:

“Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos”. (Lewandowski, p. 4, Voto ADC 43-DF)

Na mesma linha, o decano Celso de Mello fixa as amarras dos três Poderes da República às iniciativas fundadas em manipulações hermenêuticas de conveniência sobre o tema:

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder. (Celso de Mello, voto ADC 43-DF, p. 13)

É da ministra Rosa Weber o resumo enunciado para a função do Supremo:

Nada obstante, é ao Supremo Tribunal Federal que cabe, por expressa dicção constitucional, o papel de intérprete último, guardião que é da Constituição. (Rosa Weber, voto ADC 43-DF, p. 6)

Convém, por oportuno, estabelecer as premissas teóricas sobre o conteúdo essencial dos postulados da separação de poderes e da garantia individual fundamental de presunção de inocência, enquanto *limites materiais* à atuação do constituinte reformador (*i.e.*, como cláusulas pétreas).

O princípio da separação de poderes, não obstante a variedade de sentidos a ele atribuída, possui alguns fundamentos substantivos, sem os quais esse se descaracteriza. Ao examinar o arquétipo constitucional pátrio, verifica-se que o Constituinte de 1988 conferiu algum grau de densidade semântica ao postulado da separação de poderes, ao estabelecer a *harmonia* e a *independência* entre os braços da República como seus predicados inarredáveis.

Importa, à presente análise, a independência do Poder Judiciário, que informa a necessidade de se instituir critérios para a salvaguarda de um Judiciário independente, livrando-o de ingerências, pressões políticas e usurpação de suas funções por parte dos demais poderes.

Disso resulta que o amplo espaço de formação de convencimento decisória dos magistrados, desde que o façam dentro dos limites da Constituição e das leis, deve ser preservado pelas instâncias políticas majoritárias, sob pena de amesquinharem sua independência. Tratando-se da Corte máxima que tem como atribuição precípua o zelo interpretativo da Constituição, deve ter sua independência em relação aos demais poderes para decidir com autonomia e realizarem justiça.

A propósito, se é correta a premissa de que o mister principal do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito é a realização da justiça material, arranjos normativos que subtraiam ou limitem *substancialmente* a independência judicial, de maneira a subtrair de sua esfera decisória certos assuntos, comprometem-na sobremaneira. Não por outra razão, Cornelutti¹ apontava ser a independência do juiz uma garantia de justiça.

Com essas afirmações, as interações recíprocas entre os Poderes da República, salutares que são às instituições democráticas acontecem com instrumentos de *checks and counterchecks* que não podem, em hipótese alguma, vilipendiar a independência funcional dos pilares do Estado. E é precisamente o que se verifica com a disposição *sub examine*.

Tal modelo representa indevida e odiosa ingerência nas funções típicas de um dos braços de autoridade do Estado, despida de qualquer *razão constitucional suficiente* para tal desiderato, a não ser o da mera provocação colérica.

¹ Sistema di Diritto Processuale Civile. V. I. Padova: CEDAM, 1936. p. 647-651)

A tarefa inconteste de Suprema Corte esteve exposta na primeira fase do julgamento da ADC 43-DF, em fase de decisão preliminar, quando o decano Celso de Mello trouxe à luz a difícil tarefa que cabia àquela instância, até mesmo porque estava em jogo a mais vital das cláusulas, aquela que versa sobre a liberdade humana:

Não se pode desconhecer que o Poder Judiciário **assume, na estrutura institucional em que se organiza o aparelho de Estado, significativo relevo** político, jurídico e social, **pois não há, na história das sociedades políticas, qualquer** registro de um Povo que, **despojado de juízes e Tribunais independentes, tenha conseguido** preservar os seus direitos e conservar a sua própria liberdade.

Daí o grave encargo que a esta Corte **incumbe desempenhar** no processo de indagação e de interpretação do alcance *de uma das cláusulas mais vitais à preservação da liberdade humana, cuja integridade não pode ser comprometida* por decisões que nulifiquem a aplicabilidade e o respeito ao direito fundamental *de qualquer pessoa de não ser considerada culpada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.* (p. 3-4,

Além disso, **a regra constante da PEC ultraja a garantia constitucional por querer relativizar a presunção da inocência como princípio e garantia fundamental**, prevista no art. 5º, inciso LVII, do texto constitucional. Com efeito, a garantia da inafastabilidade jurisdicional se revela importante instrumento de implementação dos direitos fundamentais, sem o qual o exercício dos demais direitos assegurados pela Carta de 1988 restaria inviabilizado, ante a ausência de remédios jurídicos a efetivá-los.

A garantia de que o cerceamento da liberdade será definido por razões concretas, legalmente definidas, é a prova de que se dá ao Judiciário a execução de suas prerrogativas constitucionais do exercício da magistratura de esgotamento hermenêutico do texto legal e constitucional. De um lado, e sob o viés *formal*, significa a possibilidade de deflagrar a jurisdição pelos diversos cidadãos da sociedade e pelo Ministério Público em situações concretas; de outro lado, sob o prisma *material*, consagra a necessidade de salvaguarda de um processo justo e efetivo, com decisões adequadas, pronunciamentos sem dilações indevidas e tratamento isonômico e imparcial dos postulantes².

Por todo o exposto, torna-se inadmissível as Propostas ora sob análise, pela afronta aos incisos III e IV do §4º do Art 60 da Constituição Federal, que impede a tramitação da PEC 410/2018 (e apensada) por ofensa aos direitos e garantias fundamentais, além de afrontar a separação dos Poderes.

² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 779 e ss

Desta feita, o nosso voto é pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição n° 410, de 2018 e sua apensada.

Brasília/DF, 12 de novembro de 2019.

Alencar Santana Braga PT/SP

Célio Moura PT/TO

José Guimarães PT/CE

Erika Kokay PT/DF

Nelson Pellegrino PT/BA

Pedro Uczai PT/SC

Maria do Rosário PT/RS

Reginaldo Lopes PT/MG

Patrus Ananias PT/MG

Rogério Correia PT/MG

Paulo Teixeira PT/SP

Rubens Otoni PT/GO

Rui Falcão PT/SP