

PARECER Nº , DE 2019

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019, do Senador Oriovisto Guimarães e outros, que *insere o inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal, para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado.*

Relatora: Senadora **JUÍZA SELMA**

I – RELATÓRIO

Vem à análise desta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 5, de 2019, do Senador Oriovisto Guimarães e outros, que insere o inciso XVI no art. 93 da Constituição Federal (CF), para positivar a possibilidade de execução provisória da pena, após a condenação por órgão colegiado.

A PEC possui texto muito simples, dispondo que a decisão condenatória proferida por órgãos colegiados deve ser executada imediatamente, independentemente do cabimento de eventuais recursos.

Nos termos do art. 356 do Regimento Interno do Senado Federal, a proposição foi despachada a esta CCJ, para a oferta de parecer.

Até o presente momento, foram apresentadas as Emendas nº 1 e nº 2 à Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019.

A Emenda nº 1, do Senador Marcos Rogério, que visa a alterar os arts. 102 e 105 da CF, a fim de prever que os recursos extraordinário e especial não tenham efeito suspensivo, a não ser que o Relator do reclamo no STF ou no STJ, respectivamente, conceda tal efeito, de maneira fundamentada.

A Emenda nº 2, do Senador Roberto Rocha, visa, em suma, a restabelecer a chamada “PEC Peluso”, que tramitou nesta Casa como PEC nº 15, de 2011, do Senador Ricardo Ferraço – atualmente arquivada pelo



término da legislatura – e que pretendia extinguir RE e REsp e transformá-los em ações rescisórias a serem julgadas pelo STF e pelo STJ, respectivamente. Trata-se, portanto, de um substitutivo.

Por fim, as Emendas nº 3 e nº 4, do Senador Telmário Mota e do Senador Fabiano Contarato, que pretendem que a alteração para permitir a execução provisória da pena seja realizada no dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência (art. 5º, LVII), e não no capítulo referente ao Poder Judiciário.

II – ANÁLISE

Em se tratando de PEC, cabe a este Colegiado opinar tanto sobre a admissibilidade da proposição quanto sobre o seu mérito, segundo o disposto no art. 356 do RISF.

Em relação aos aspectos formais de constitucionalidade, observamos que a PEC cumpriu os requisitos constitucionais para sua propositura, bem como tramitou em período no qual não houve causa impeditiva constante do § 1º do art. 60.

Materialmente, a PEC não atenta contra qualquer das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, I a IV), consoante veremos de forma aprofundada a seguir.

Em relação à técnica legislativa, mostra-se adequada a PEC, inclusive por promover a mudança no art. 93, que trata de princípios gerais sobre o Poder Judiciário (apesar do que a redação do caput poderia dar a entender).

No caso em tela, aliás, a discussão sobre a admissibilidade anda *pari passu* com o debate sobre o mérito da proposição. A Constituição de 1988 estabelece, no âmbito dos direitos e das garantias asseguradas a todos os brasileiros e às pessoas que aqui residem, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Essa norma traduz um princípio essencial à garantia dos direitos humanos, em face dos poderes persecutórios do Estado, e se acha inscrita no inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, ou seja, faz parte do capítulo I de seu Título II, intitulado “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”.



Trata-se da formalização no Texto Magno do princípio da presunção de inocência, resultado, no plano jurídico, de todo um desenvolvimento histórico do direito e da política, constituindo direito individual que integra o conjunto de direitos essenciais associados ao chamado devido processo legal, por muitos compreendido como elemento essencial do processo civilizatório.

Como tal, é parte das declarações essenciais de direitos humanos que inscrevem no universo jurídico as conquistas dos processos revolucionários ditos burgueses da humanidade, como a Revolução Gloriosa da Inglaterra, a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Resulta, nesse passo, no plano de sua formulação teórica, como tantas outras conquistas da democracia, do empirismo inglês e do iluminismo.

Seu antecessor histórico é o direito que consta da Magna Carta inglesa de 1215, que inaugura o devido processo legal, ao vedar a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta:

Art. 39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos, banido, exilado ou, de modo algum, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inspirada pelos pensamentos iluministas de 1789, contempla, assim, a seguinte norma:

Art. 9º Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo o rigor desnecessário para que seja efetuada sua prisão deve ser severamente reprimido pela lei.

Adiante, após a Segunda Guerra Mundial, em que resultaram derrotadas as experiências autoritárias nazista e fascista, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual consta o artigo 11, que formaliza esse direito:

“Artigo XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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.



.....”

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 6.2, também se prevê que: “*Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*”.

Já no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992), do qual o Brasil é signatário, se prevê que: “*art. 14, 2: toda pessoa acusada de um delito terá o direito a que presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”.

O Brasil também é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992). No que diz respeito ao princípio da presunção de inocência, a Convenção dispõe:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....” (grifou-se)

Todos os dispositivos citados dispõem que a presunção de inocência ou de não culpabilidade subsistirá apenas enquanto não for legalmente comprovada a culpa do acusado. Todos apontam, como marco para cessação da presunção, o momento em que a culpa é provada de acordo com o direito. Dito de outra forma: não faz parte do núcleo essencial da presunção de inocência que se aguarde o trânsito em julgado da sentença condenatória. Faz parte, sim, da essência dessa garantia individual, que ninguém possa ser tratado como culpado de forma antecipada, antes de ter sua culpa provada – não se exigindo, necessariamente, o esgotamento de todos e quaisquer recursos.

Não à toa, até o ano de 2008, a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal (STF) firmava-se no sentido de considerar constitucional a execução provisória da sentença condenatória, isto é, o recolhimento à prisão antes do julgamento dos chamados recursos



extraordinários. O argumento central era a inexistência de efeito suspensivo dos referidos recursos. Vejamos:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis - especial e extraordinário - não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido. (HC 85886 / RJ; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE; Julgamento: 06/09/2005; Segunda Turma)

Só não vigorou essa interpretação entre os anos de 2009 (com a orientação firmada no Habeas Corpus nº 84.078-7/MG, julgado em 5/2/2009) e de 2016, quando houve nova inflexão, de expressão e significado históricos.

No habeas corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, com data de julgamento de 17/2/2016, o STF retomou o entendimento pré-2009, assentando que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou recurso extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entendeu a Corte Suprema que o inciso LVII não expressa a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas, sim, que ninguém seria considerado culpado antes do trânsito em julgado. O referido entendimento do HC nº 126.292/SP foi confirmado, com repercussão geral, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246/SP (data de julgamento: 10/11/2016). E veio a ser novamente sufragado – mas, desta feita, com eficácia erga omnes e efeito vinculante – quando do julgamento da liminar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 44 e 45/DF.

Em síntese, a Corte adotou a tese de que a presunção de inocência garante que o réu seja tratado no decorrer do processo penal como inocente, para todos os efeitos, mas principalmente no que se refere ao ônus da prova da incriminação. Assim, a presunção da inocência nortearia a produção das provas, a distribuição do ônus probatório, a legitimidade dos meios empregados para comprovar a materialidade e a autoria dos delitos. Garantiria que o acusador, o órgão do Ministério Público em geral, deve provar a culpabilidade do acusado, não o contrário. O Ministro concluiu,



entretanto, que o princípio não deveria ser expandido a ponto de vedar a execução provisória da pena.

Ademais, para o STF, a sentença condenatória de primeiro grau já superaria a presunção da inocência quando o Estado-Juiz, analisadas as provas e as alegações das partes, após o devido processo legal, entende pela responsabilidade penal do acusado. Todavia, o recolhimento imediato do réu à prisão, após a sentença de primeira instância, seria obstado por outro princípio: o duplo grau de jurisdição. Uma vez ratificado pelo Tribunal de segundo grau o decreto condenatório, e compreendido que as instâncias extraordinárias não se prestam ao reexame de provas ou de fatos, não haveria qualquer impedimento constitucional da execução provisória da sentença penal condenatória.

Realmente, com o julgamento por órgão colegiado (tribunais de justiça, tribunais regionais federais ou, no caso de crimes dolosos contra a vida, tribunal do júri), resta preclusa a questão fática (autoria, materialidade, acervo probatório, etc.). Há, em outras palavras, o trânsito em julgado da matéria fático-probatória. Tanto assim que a CF desenha o Recurso Extraordinário (RE) para o STF e o Recurso Especial (REsp) para o Superior Tribunal de Justiça como recursos sobre questões estritamente jurídicas (CF, arts. 102, III, a a d, e 105, III, a a c). Nesse mesmo sentido, nem o STF nem o STJ admitem que se manejem tais recursos para discutir questões fáticas (Súmulas n^os 279/STF e 7/STJ). Assim, já na atual leitura da CF, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado das questões fáticas – o que não impede, ou melhor, antes exige, o recolhimento à prisão, mesmo que ainda caiba alguma discussão via RE ou REsp sobre dosimetria ou regime inicial de cumprimento de pena, por exemplo.

Aliás, se da condenação em segundo grau não pudesse resultar a prisão, chegaríamos a um contrassenso: uma decisão monocrática de um juiz, antes da instrução, poderia servir para que alguém fosse recolhido à prisão, com base em juízo de probabilidade (prisão preventiva, ou outras formas de cautelar); porém, o juízo de certeza, proferido por um tribunal, após ampla e exauriente instrução probatória, não teria tal condão. Não faz sentido, tanto que país algum do Mundo Ocidental adota tal leitura “sacra” ou absoluta da presunção de inocência.

Assim, a presunção da inocência se relativiza ou mesmo se inverte após o julgamento condenatório em segunda instância. Para o Tribunal, a presunção de não culpabilidade evolui de acordo com o estágio



do procedimento e, desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável.

Vê-se, assim, que a PEC ora analisada não viola qualquer cláusula pétrea, até porque o próprio STF (como nos lembra o primeiro signatário da PEC, Senador Oriovisto Guimarães) já decidiu que a qualificação de uma norma como cláusula pétrea não significa que seja ela intocável: protege apenas seu núcleo essencial, seu âmago, sua essência (STF, Pleno, ADI nº 2.024/DF). Qual o núcleo essencial da presunção de inocência? Não ser tratado como culpado até que haja certeza da materialidade e da autoria do crime, o que se perfaz justamente na segunda instância. Não há que se falar, assim, em qualquer violação a cláusula pétrea, mesmo porque adapta-se à tradicional jurisprudência do STF sobre o assunto, visando, na verdade, a positivizar tal entendimento.

Outrossim, a proibição da execução provisória da pena cria, na prática, uma situação de grave injustiça. Por um lado, nos crimes em que a investigação se dá independentemente de eventual flagrante delito (ex: crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, crimes financeiros, etc.), não havendo razões que fundamentem uma prisão cautelar (preventiva ou temporária), o réu permaneceria livre até o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo que confirmada em segundo grau de jurisdição, existindo reais chances de extinção da punibilidade pela prescrição. Por outro lado, naqueles crimes em que a investigação se inicia pelo flagrante em delito (ex: crimes patrimoniais e tráfico de entorpecentes), o estado de flagrância permite quase sempre sua conversão em prisão preventiva, quedando-se o réu, independentemente de condenação, preso desde a data do flagrante delito.

Considerando todos os argumentos supramencionados, cremos ser plenamente possível ler a Constituição brasileira no sentido de que a sentença penal condenatória, prolatada em primeiro grau de jurisdição, ao analisar a autoria e a materialidade delitivas, bem como os demais elementos do crime (tipicidade, ilicitude e antijuridicidade), é ato judicial que declara legalmente a culpabilidade do réu na forma da Lei, consoante exigem as diversas convenções internacionais sobre direitos humanos já citadas. Entretanto, vigorando em nosso ordenamento jurídico o duplo grau de jurisdição, pode-se compreender, como bem reconheceu o STF nos julgados mencionados, que a execução da sentença condenatória ainda dependerá de confirmação pelos Tribunais.



Em 07 de novembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, reformou novamente o seu entendimento ao concluir que seria necessário o trânsito em julgado para a execução da sentença penal condenatória. O julgamento, decidido somente pelo voto de minerva do Presidente, Ministro Dias Toffoli, demonstra o quanto a matéria ainda é divergente, salientando, como já afirmamos anteriormente, que até 2009 e depois em 2016, sempre prevaleceu o entendimento contrário à tese ora vencedora. Nesse sentido, os votos da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, demonstraram claramente que a execução da pena após a decisão de um órgão colegiado é imprescindível para assegurar a correta aplicação da lei penal.

O Ministro Edson Fachin, relator da matéria, argumentou que, na maioria dos casos, os recursos ao STF e ao STJ não têm o efeito de suspender a prisão e, por isso, não há prejuízo para o réu quando se admite a prisão após segunda instância. Por fim, salientou que *"a rigor, o que contribui para a percepção de impunidade é o tempo demasiado entre o início e o fim do processo penal. Isso significa, por tanto, que o transcurso do processo penal, obviamente observadas todas as garantias processuais e o direito ao contraditório, deve ser um transcurso que atenda o princípio constitucional da duração razoável do processo. Esse é o grande desafio que o Poder Judiciário brasileiro tem"*.

Conforme sentenciou a Ministra Cármen Lucia durante o julgamento *"se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença da impunidade"* completando ainda que *"... e os que mais contam com essa certeza, ou com essa crença, não são os mais pobres"*.

O Ministro Luiz Fux citou casos emblemáticos como o da menina Isabella Nardoni, do menor Champinha e do ex-jornalista Antônio Marcos Pimenta Neves, que matou a namorada, afirmando que *"perpassam pela lógica razoável de aguardar o trânsito em julgado para iniciar a execução"*. Salientou ainda sobre o caso do ex-jornalista Pimenta Neves *"matou pelas costas, confessou crime e só foi preso 11 anos depois."*

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou números sobre o sistema penitenciário para defender que a possibilidade da execução da pena diminuiu o índice de encarceramento no Brasil e que o percentual de prisões provisórias caiu depois que o STF permitiu a prisão em segunda instância. Concluindo que *"isso demonstra que a nova orientação não agravou o*



problema do encarceramento e pode indicar que os tribunais de apelação passaram a ser mais cautelosos e os juízes de primeira instância passaram a decretar menos prisões provisórias”.

Por fim, o Ministro Alexandre de Moraes sintetiza que *"ignorar o juízo de mérito das duas instâncias é enfraquecer o Poder Judiciário e as instâncias ordinárias. A presunção de inocência não é desrespeitada com a prisão após a decisão condenatória de segundo grau"*.

Cremos, portanto, que essa leitura é a mais justa, isonômica e equilibrada do texto constitucional vigente, razão pela qual a presente Proposta de Emenda à Constituição tem o potencial de pacificar a matéria, demonstrando à Corte Constitucional qual a interpretação que o Parlamento, enquanto representante do povo, quer dar por meio do novel art. 93, XVI.

Por essa razão, embora extremamente singela, a presente emenda constitucional é importantíssima, senão urgente.

Os Senadores, e detentores do poder legislativo reformador, devemos cumprir nosso papel de trazer segurança jurídica ao ordenamento. A impunidade foi uma das marcas fundamentais da democracia brasileira nas últimas décadas, e temos o papel de mostrar para a sociedade que esse tempo acabou e que todos somos iguais em direitos e obrigações.

Apenas apresentamos pequena emenda de redação ao texto proposto. Da forma como está, qualquer decisão de Tribunal – inclusive na seara cível e de natureza interlocutória – poderia ser executada provisoriamente, o que não é a intenção dos autores, como se pode ler da Justificação da PEC.

Acolhemos também a Emenda nº 1, do Senador Marcos Rogério, que aperfeiçoa o texto da PEC. Com efeito, a partir da modificação proposta nos arts. 102 e 105, passaremos a ter a execução provisória da pena como *regra*, excepcionada apenas quando o Ministro Relator do REsp, no STJ, ou do RE, no STF, enxergar plausibilidade no recurso interposto (e fundamentar sua posição). Nosso acolhimento se dá apenas com uma ressalva: entendemos que a alteração pretendida deve ser feita na forma de um art. 2º da PEC (renumerando-se a cláusula de vigência como art. 3º), apenas para não se perder a modificação pretendida no art. 93. Na esteira dessa modificação, propomos que também se deixe clara, como parágrafo do



art. 93 e do art. 102, a possibilidade de execução da pena, ainda que pendentes recursos com efeito meramente devolutivo. Nesse sentido, estamos apresentando subemenda à Emenda nº 1.

Quanto à Emenda nº 2, o Substitutivo proposto extrapola, em muito, o objetivo desta PEC, que não é tratar de todos os recursos extraordinários e recursos especiais, nem mesmo de extingui-los, mas apenas de permitir a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Neste sentido, não acolheremos a Emenda nº 2, entretanto, trata-se de uma alteração que merece ser analisada com maior tempo e cuidado, podendo muito bem constituir proposição autônoma posteriormente, uma vez que abrangeria também ações cíveis. É importante salientar que a PEC do Senador Oriovisto não antecipa o trânsito em julgado nem extingue recursos, apenas permite a prisão após o esgotamento das instâncias ordinárias, já a Emenda nº 2 permite a execução da pena, mas de forma definitiva, antecipando o trânsito em julgado de todas as ações, por extinguir recursos extraordinários e recursos especiais, assim, são objetivos completamente distintos.

Finalmente, em relação às Emendas nº 3 e nº 4, devem ser rejeitadas. A questão em jogo nesta PEC é justamente distinguir o momento da prisão da vigência da presunção de inocência, e não confundir os institutos; é reconhecer que pode começar a ser executada a pena, ainda que caibam recursos com efeito devolutivo. Por tais razões, a alteração se justifica no capítulo referente ao Poder Judiciário (efeitos dos recursos e cumprimento das decisões), e não no dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência.

III – VOTO

Ante o exposto, nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade da PEC nº 5, de 2019 e, no mérito, pela sua aprovação, com a rejeição das Emendas nºs 2 a 4, o acolhimento da Emenda nº 1 como alteração no art. 2º da PEC, com renumeração do atual art. 2º para art. 3º, e na forma da seguinte Emenda de redação:



EMENDA Nº – CCJ (DE REDAÇÃO)

Dê-se ao inciso XVI do art. 93 da Constituição Federal, na forma proposta pelo art. 1º da Proposta de Emenda à Constituição nº 5, de 2019, a seguinte redação:

“Art. 93.

.....

XVI – o acórdão criminal condenatório proferido ou confirmado por órgão colegiado será executado imediatamente após o julgamento dos recursos ordinários cabíveis.

Parágrafo único. Excepcionalmente, pode ser concedido efeito suspensivo em recurso contra decisão condenatória proferidas por órgãos colegiados.” (NR)

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora

