

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. Não foram oferecidas emendas até este momento.

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.

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 constitucional 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 Civis 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. Todas 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 das 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 nºs 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” da presunção de inocência.

Para o STF, atualmente, 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, mesmo porque adapta-se à atual e tradicional jurisprudência do STF sobre o assunto, visando, na verdade, a positivar tal entendimento.

Isso se faz necessário porque, embora se trate de jurisprudência firmada pelo Plenário do Tribunal, monocraticamente, alguns ministros do



STF continuam a aplicar a antiga jurisprudência que impedia a execução provisória da pena.

A insegurança jurídica quanto ao tema acarreta uma série de efeitos deletérios para nossa democracia. Ora, uns aguardam o trânsito em julgado de suas sentenças condenatórias soltos, porquanto, por um golpe de sorte, tem seu recurso analisado por um dos Ministros do STF que seguem a posição minoritária; outros recorrentes, menos afortunados, se veem presos desde a confirmação do decreto de prisão, por estarem submetidos à jurisprudência dominante.

Outrossim, a proibição da execução antecipada da pena cria, na prática, uma situação de grave injustiça. Por um lado, nos crimes 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 já 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.



Cremos 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, porque não sabemos em que momento o STF poderá visitar a matéria.

Nós, enquanto 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.

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, 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 deve ser executado imediatamente após o julgamento dos recursos ordinários cabíveis. ” (NR)

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relatora

