



PEC 199/19: EFETIVAÇÃO DA SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

PEC 199/19: ¿EFECTIVIDAD DE LA SUPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

Dionízio Ramos da Cruz¹

Maria Del' Consuelo Alves Fonseca e Silva Herek²

Gláucia Palharim de Souza³

RESUMO

A pesquisa visa discutir a eventual supressão do princípio de presunção de inocência quando da PEC 199/19, que altera fases recursais existentes, atualmente, no processo penal. Assim, realizou-se pesquisa bibliográfica a fim de fazer o levantamento teórico quanto aos princípios constitucionais, com ênfase a presunção de inocência, posteriormente discorrendo quanto à PEC 199/19, chegando à discussão quanto aos argumentos que concordam com a ideia da supressão do princípio de inocência e, de outro lado, os argumentos que negam tal supressão. Dessa forma, foi possível compreender que ainda que os argumentos contrários e favoráveis à ideia de supressão do princípio de presunção de inocência, muito há de se discutir pois existem implícitos valores sociais e legais que devem ser objeto de atenção, tais como a função social da pena bem como a efetivação da justiça.

Palavras-chave: PEC 199/19. Princípio de presunção de inocência. Prisão em segunda instância.

RESUMEN

La investigación tiene como objetivo discutir la posible supresión del principio de presunción de inocencia en el PEC 199/19, que cambia las fases de apelación que existen actualmente en los procesos penales. Así, se realizó una investigación bibliográfica con el fin de realizar un relevamiento teórico sobre los principios constitucionales, con énfasis en la presunción de inocencia, discutiendo posteriormente el PEC 199/19, llegando a la discusión sobre los argumentos que concuerdan con la idea de La supresión del principio de inocencia y, por otro lado, los argumentos que niegan dicha supresión. Así, se pudo entender que a pesar de los argumentos en contra y a favor de la idea de suprimir el principio de presunción de inocencia, hay mucho que discutir porque hay valores sociales y legales implícitos que deben ser los objeto de atención, como la función social de la pena, así como la aplicación de la justicia.

Palabras clave: PEC 199/19. Principio de presunción de inocencia. Detención en segunda instancia.

¹ Graduado em Direito pela Faculdades Integradas de Cacoal – UNESC.

² Especialista em Psicologia Jurídica; Mestranda no Programa de *Maestría em Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina da Universidad de la Empresa – UDE/UY*. Professora credenciada no departamento acadêmico de Direito da Universidade Federal de Rondônia – UNIR – campus de Cacoal-RO. maria.herek@unir.br

³ Mestranda no Programa de *Maestría en Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina da Universidad de la Empresa – UDE/UY*. Professora credenciada do departamento acadêmico de Direito da Universidade Federal de Rondônia, campus de Cacoal. glauciapalharim@unir.br.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa discutir a temática da possibilidade da prisão após decisão proferida pela segunda instância e considerar a PEC 199/19, sem almejar esgotar o tema dada a sua amplitude e vigente debate. A referida PEC pretende promover a alteração do texto constitucional em que altera modalidades recursais visando diminuir o trâmite recursal.

Atualmente a prisão no sistema jurídico brasileiro dá-se somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória, isto é, após esgotadas as fases recursais. Há de se destacar a homenagem e manutenção das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório que, inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, impedem que haja uma condenação sem manifestação de defesa do acusado.

Na mesma linha de manutenção de defesa há o princípio, também constitucional, de presunção de inocência, ou seja, presume-se que o indivíduo acusado seja inocente até que se prove o contrário. Nessa seara de presunção de inocência é que se concentra a discussão quanto a possibilidade de execução da pena ainda que não esgotadas todas as vias recursais.

Nesse sentido, a presente pesquisa cuida de discorrer, em princípio, quanto ao princípio da presunção de inocência; seguindo com a análise dos elementos componentes da PEC 199/19; finalizando com a discussão quanto à possível supressão do princípio de presunção de inocência frente à referida PEC.

A coleta de dados da pesquisa deu-se por meio bibliográfico, investigando a doutrina que versa sobre o tema, as jurisprudências existentes, bem como os diplomas legais brasileiros.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Antes de adentrar, propriamente, quanto ao princípio da presunção de inocência, é preciso traçar linhas gerais quanto à sua relevância bem como onde encontra-se esculpido.

Este princípio concretizou-se, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com a edição da Constituição Federal de 1988, sendo elencado no rol do artigo 5º possuindo condão de superioridade e obrigatoriedade quanto à sua observância.

1.1 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O momento da edição da atual Constituição Federal, marcou o período de redemocratização do país. Este diploma legal é calcado em ideias inovadoras (para a época) pois passou a contemplar/garantir, questões e premissas básicas para o alcance de elementos hoje primordiais, tais como a dignidade da pessoa humana, assim como deu alicerce a diversos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Dentro do contexto de redemocratização do país, fundamentado no desejo dos constituintes em minimizar os severos impactos e sequelas deixados pela época da ditadura militar, Barreto (2013, p. 97) comenta:

A Constituição de 1988 representa um importante avanço no campo das conquistas democráticas dos cidadãos e dos direitos sociais. Adotou a democracia e a dignidade da pessoa humana como valores fundamentais, bem como previu uma série de normas programáticas que atribuem objetivos a serem alcançados pelo Estado.

A Constituição de 1988, possui um caráter inovador que inaugurou uma nova fase para o Brasil; em seu bojo contemplou uma grande gama de direitos sociais assim como igualando todos os indivíduos como sendo detentores dos mesmos direitos; fora capaz, também, de ampliar o pluralismo social e o regime de liberdades públicas (MAZZUOLI, 2018).

A Constituição de 1988 é clara quando estende a abrangência de seus direitos e garantias fundamentais “na medida em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados” (LENZA, 2008, p. 591)

1.2 LINHAS GERAIS SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No viés democrático adotado com a edição da Constituição Federal de 1988, que passava a reger o condão de igualdade entre os indivíduos e reconhecer a todos como detentores de direitos civis e sociais; houve a estruturação de princípios que passaram a integrar o texto constitucional e, portanto, servindo de diretriz máxima para todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido princípios constitucionais podem-se compreender como sendo os elementos basilares para a construção e manutenção de direitos fundamentais, são pontos norteadores do direito que permitem que haja o pleno alcance das normas vigentes (TAVARES, 2018). Os princípios possibilitam a edificação do direito brasileiro.

Assim, explica Ataliba (2001, p. 6) que:

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

A fim de localização no tema, aborda-se rapidamente quais são os princípios centrais integrantes do texto constitucional, que possuem alta carga valorativa, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência.

No entanto, a presente pesquisa pretende trazer, com ênfase, o princípio da presunção de inocência que, de sua compreensão, é possível entender como parte de uma engrenagem constitucional principiológica, onde sua estruturação e aplicabilidade decorrem e dão ensejo aos demais princípios.

1.2.1 O Princípio da Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência fundamenta-se na validação do *status quo* do indivíduo, isto é, fomenta o benefício da dúvida da culpabilidade. Advém dentro do ordenamento jurídico como um instrumento que não permita condenações prematuras.

Uma característica basilar dos princípios é a ausência de seu indicativo direto, isto é, não há um título ou capítulo que indique que ali encontram-se ‘os princípios constitucionais’. Em sendo diretrizes valorativas com observância obrigatória, este, e outros, princípio encontram-se compreendidos dentro de passagens do texto legal. O princípio da presunção de inocência pode ser encontrado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (grifo nosso).

A questão também é apresentada no ensinamento de Ramos (2018, p. 877) que alerta que “no processo de conhecimento e até a decisão de 2º grau, a presunção de inocência exige que toda prisão processual seja cautelar (não podendo ser antecipação de prisão definitiva) e fundamentada”.

Nesse sentido Távora e Alencar (2017, p. 69) explicam esse princípio ante ao processo penal:

Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto nº 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 8º, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É importante destacar que a presunção de inocência não é um instituto criado pelo ordenamento jurídico brasileiro, este encontra alicerce, também, em diferentes diplomas legais de cunho internacional, a exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por figurar neste diploma internacional, pode-se compreender que este princípio está diretamente ligado à condição humana, possuindo assim uma grande carga valorativa emergente dentro do direito.

No mesmo condão, Mazula (2018, p. 506) comenta o que versa a Declaração Universal dos Direitos Humanos sobre o aspecto da presunção de inocência:

É garantida a presunção de inocência do indivíduo "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" (art. 11, § 1.º). Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional.

E contemplando os dizeres da referida Declaração, o constituinte brasileiro adotou para o documento constitucional este, dentre outros, elementos principiológicos a fim de trazer um grande e seguro arcabouço de direitos aos cidadãos.

Dentro desse prisma, é notório que a Constituição Federal dá o alicerce para o processo penal, haja vista que boa parte dos dispositivos encontrados como regulamentadores do Processo Penal emanaram da Constituição Federal "que garantem o pleno direito de defesa do acusado (como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência etc.)." (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 323)

Reis e Gonçalves (2018, p. 64) fazem importante destaque quanto à relação entre a edição da Constituição Federal de 1988 e o Processo Penal:

[...] quando a Constituição foi promulgada, vários dispositivos do Código de Processo Penal deixaram de ter aplicação porque não foram recepcionados pela nova ordem jurídica. Podemos citar como exemplo o art. 393, II, do CPP, que determinava ao juiz que lançasse o nome do réu no rol dos culpados logo com a prolação da sentença de 1ª instância, o que acabou se tornando inviável a partir da consagração do princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual o acusado só pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF).

Porém é preciso destacar que a própria Constituição faz menção quanto a não interpretação como verdade absoluta de tal princípio quando permite, em seu inciso LXI, a prisão provisória desde que preenchido alguns requisitos legais. Como leciona Távora e Alencar (2017, p. 319):

O princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF), não impede a decretação da prisão processual, uma vez que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXI, prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada do juiz competente. A prisão processual, entretanto, é medida excepcional, que só deve ser decretada ou mantida quando houver efetiva necessidade (grande periculosidade do réu, evidência de que irá fugir do país etc.).

Seguindo pela evolução do direito, enquanto ciência social mutável, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) passa pela percepção da possibilidade de execução provisória da pena em caso de julgamento em segunda instância, por crer que, nessa fase, esgotou-se a análise de provas e fatos, havendo assim a possibilidade de execução de sentença condenatória. O mesmo aplica-se em sentido contrário, como no caso de uma absolvição.

O entendimento veiculado pela Corte foi no sentido de que a sentença penal condenatória confirmada em segunda instância permite a execução provisória da pena aplicada. A análise de fatos e provas estaria, com isto, encerrada e não haveria violação ao disposto no art. 5º, inc. LVII, da Constituição de 1988 (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). (MEYER, 2016, *online*)

Da decisão, o Ministro Luis Roberto Barroso sustentou que a presunção de inocência, no caso de uma condenação, já é “quebrada” na decisão de primeira instância, e defende:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). [...] 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Isto posto, entende-se que o contrário privilegia no caso de absolvição em primeira instância, uma vez que se do ato da condenação em instância inicial tem-se quebrada a presunção de inocência, a absolvição em primeira instância corrobora com a ideia de inocência daquele que é acusado.

Este princípio está intimamente atrelado a um dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional, expresso pontualmente no *caput* do artigo 5º sendo o direito à

liberdade. Ao lado dos demais direitos fundamentais, a liberdade é imprescindível para alcançar outro princípio esculpido também no texto constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

O que se pode compreender é que o princípio da presunção de inocência está atrelado a todos os altos elementos e altos valores constitucionais que dão base ao ordenamento como um todo.

2 A PEC 199/19

A PEC 199/19 surge no momento em que havia instalada no país uma considerável instabilidade jurídica, haja vista as manifestações dos Tribunais no sentido de permitir que houvesse a prisão do indivíduo condenado ainda em segunda instância.

É preciso, antes de adentrar ao estudo da PEC 199/19, discorrer brevemente quanto à execução da pena no Direito brasileiro, pois assim será possível compreender o debate em torno da 'prisão em segunda instância', assim como o alicerce teórico para que haja a melhor compreensão desta proposta, dar-se-á ao longo do presente capítulo.

2.1 LINHAS GERAIS QUANTO À EXECUÇÃO DA PENA

A execução da pena dar-se-á após o processo de conhecimento, é o momento em que o condenado passa a cumprir a sentença emanada pelo magistrado; desta feita, compreende-se que a existência de sentença penal transitada em julgado seja o pressuposto para o processo de execução da pena.

“A execução penal encerra atividade complexa que vai da seara administrativa até a esfera jurisdicional, sendo regulada por normas pertencentes a outros ramos jurídicos, especialmente o direito penal e o direito processual penal” (LEITE, 2013, p. 76).

Nesse sentido, Nucci (2018, p. 16) entende que a execução “trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal”.

No que se refere à autonomia do processo de execução, Grinover (1987, p. 76) aduz que “o tratamento a ser concedido à execução penal é de ser vivenciado de modo autônomo. Vale-se de princípios penais e constitucionais penais, mas não se pode olvidar as regras absolutamente próprias da execução da pena”.

2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

É imperioso compreender a possibilidade de uma emenda à Constituição, contemplada dentro de seu próprio texto. Considerando que o direito é uma ciência mutável por acompanhar, necessariamente, a evolução dos anseios sociais bem como as demandas jurídicas, ainda que a Constituição Federal tenha condão de rigidez quanto ao seu texto, é possível que haja a proposição da alteração de alguns trechos, desde que haja a fiel obediência aos procedimentos que devem ser adotados.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) pode ser apresentada pelo presidente da República, por um terço dos deputados federais ou dos senadores ou por mais da metade das assembleias legislativas, desde que cada uma delas se manifeste pela maioria relativa de seus componentes (BRASIL, AGÊNCIA SENADO, 2020).

A PEC figura como também sendo uma ferramenta do exercício da democracia, ainda que indireta; permitem que haja a alteração de algum trecho do texto constitucional sem a necessidade da convocação de uma nova Assembleia Constituinte.

Tal emenda não pode ser calcada apenas na vontade dos legítimos à sua proposição, haver-se-á fundamento lógico e ser exaustivamente discutida, e votada em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso; da mesma forma não podem buscar suprimir as cláusulas pétreas (BRASIL, AGÊNCIA SENADO, 2020).

2.3 PRECEDENTES HISTÓRICOS QUE FUNDAMENTAM A PEC 199/19

A PEC 199/19 não fora idealizada 'da noite para o dia'. Houveram movimentos e momentos fáticos no mundo jurídico que deram alicerce à ideia da possibilidade da prisão após a condenação em segunda instância.

O fundamento básico da ideia da possibilidade da prisão em segunda instância é a existência de um arsenal recursal que, a grosso modo, possibilita que o já sentenciado em primeira instância possa valer-se de tais ferramentas para retardar a execução da pena, isto é, impedindo que esta transite em julgado.

Até o ano de 2009, aqueles que fossem condenados em primeira instância iniciariam o cumprimento da pena (privativa de liberdade), tal entendimento era decorrente do artigo 393 do Código de Processo Penal, que fora revogado em 2011; ainda que o condenado pudesse recorrer da decisão, a interpretação era de que já poderia dar início ao cumprimento da referida pena (LEITE, 2013).

O caso que deu ensejo a discussão ocorreu na cidade de Passos/MG onde o réu Omar Coelho Vitor, condenado em segunda instância pelo crime de tentativa de homicídio qualificado, com pena de sete anos e seis meses de reclusão, impetrou recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, porém o Ministério Público, antes mesmo de analisado o recurso requereu a prisão para cumprimento de pena de

Omar ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo deferido seu pedido (COELHO, 2019, p. 5).

A interpretação destes casos mudou quando do julgamento do Habeas Corpus 84.078-7 de Minas Gerais, onde de sua ementa houve a invocação do Princípio de Presunção de Inocência, remetendo o início do cumprimento da pena após esgotadas todas as vias recursais.

O processo provocou prolongados debates, tendo de um lado, além de Eros Grau, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que votaram pela concessão do HC. Foram vencidos os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que o negaram.

Prevaleceu a tese de que a prisão de Omar Coelho Vitor, antes da sentença condenatória transitada em julgado, contrariaria o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (CF), segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, STF, 2009).

Nesse sentido, o que se pode observar é que a rigidez da condenação em primeira instância, deu lugar à uma via sacra recursal para que, ao final, o sentenciado fosse então preso e/ou absolvido.

Em 2016 a questão voltou à tona ganhando novos contornos, dado ao julgamento do Habeas Corpus 126.292; estes novos contornos procuravam firmar um entendimento que fosse capaz de equilibrar o que antes eram extremos.

Assim, Paulino (2018, p. 87) explica:

Passava-se a aceitar a hipótese de uma decisão em segunda instância, aquela proferida por um tribunal colegiado, formado por mais de um julgador como sendo suficiente para admitir a prisão do réu. Tal entendimento justificava-se no fato de que a discussão sobre provas e fatos se encerra na segunda instância, cabendo aos tribunais superiores, via de regra, apenas assuntos puramente de direito.

Com base nessa nova análise e entendimento, havia-se a (falsa) ideia de que a questão estaria, então, pacificada. Ocorre que em 2018 uma conhecida figura pública impetra o Habeas Corpus de nº 152.752, fora esta figura o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. Isso reacendeu a discussão em torno da possibilidade da prisão em segunda instância, porém o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, manteve-se o mesmo de autorizar o início do cumprimento da pena logo firmada a decisão do segundo grau. Desse contexto de debates, resultou-se então na PEC 199/19 cuja proposta será exposta e discutida em tópico oportuno desta pesquisa.

2.4 A PROPOSTA

A Proposta de Emenda à Constituição de número 199, foi apresentada em 19 de novembro de 2019 pelo Deputado Alex Spinelli Manente (do partido CIDADANIA/SP). A proposta é de alteração dos artigos 102 e 105 da Constituição “transformando os recursos

extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça” (BRASIL, 2019).

Esta PEC pretende, com a abolição dos recursos extraordinário e especial, fazer com que o fundamento destes recursos passem a ser ações revisionais mas mantendo que a interpretação ainda seja com base constitucional que a execução da pena seja iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória; a diferença pontual é que este trânsito em julgado dar-se-ia um pouco mais cedo.

Ocorre que a questão que têm gerado alvoroço é a ausência de atenção a um elemento fundamental constante no artigo 3º da PEC 199/19 que propõe:

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, assegurada a aplicação das regras de processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial àqueles que houverem sido interpostos antes da entrada em vigor desta Emenda (BRASIL, 2019).

Da simples leitura do supracitado artigo da PEC 199/19 é possível compreender que não haverá aplicação da eventual alteração do texto constitucional aos recursos já interpostos, mantendo-se o processamento anterior à emenda; “não há que se falar em retorno imediato ao cárcere dos presos em liberdade em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal” (AGI, 2020).

O que se pretende é a criação de outras formas de “ações autônomas com natureza rescisória que impugnaria a decisão já transitada em julgado, em razão de exaurimento das instâncias ordinárias” (BRASIL, AGÊNCIA SENADO, 2020).

Atualmente, a proposta encontra-se pronta para a Pauta na Comissão Especial, que preferirá parecer à PEC em questão.

2.5 PANORAMA ATUAL SOBRE A POSSIBILIDADE DA PRISÃO APÓS CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No cenário atual, considerando que a PEC 199/19, que propõe a efetiva prisão após a decisão na fase recursal (em segunda instância) ainda se encontra em fase de tramitação, não há de se falar em prisão nesses moldes.

Desde o início de toda a discussão acerca da possibilidade da prisão em segunda instância, o posicionamento já passou por dois lados opostos: em 2009 o Supremo Tribunal Federal entendeu que o réu poderia ser preso somente após o trânsito em julgado, uma vez que terciam-se esgotadas todas as fases recursais, cabendo eventualmente a prisão preventiva; e em 2016 onde o Supremo Tribunal Federal entendeu que o réu condenado

pela segunda instância poderia, então, iniciar o cumprimento da pena, podendo ainda recorrer aos tribunais superiores, porém já preso.

Atualmente, prevalece o entendimento seguindo os ditames legais e processuais já existentes, impossibilitando a prisão em segunda instância.

Há pressão dentro do parlamento para que as regras da PEC sejam brandas, como propõe o texto, no sentido de que valham apenas para os novos julgamentos; de outro lado, existem aqueles que apoiam para que as regras sejam retroativas a processos, já em análise.

3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE À PEC 199/19

O princípio da presunção de inocência acaba por tornar-se a pedra fundamental da discussão acerca da PEC 199/19, uma vez que as opiniões e relatórios divergem quanto ao possível atentado a este princípio. Neste sentido, é importante trazer a lume os diferentes argumentos que, de um lado, confirmam que haveria a supressão de tal princípio e, de outro, que não haveria de se falar em supressão deste.

3.1 ARGUMENTOS QUE CONFIRMAM A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O principal argumento para aqueles que se colocam contra à aprovação da PEC 199/19 é a agressão ao princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Dentre os discursos apaixonados que podem ser encontrados sobre o tema por meio de uma rápida e despretensiosa pesquisa, é possível encontrar um ponto em comum no que tange a presunção de inocência: de que o texto constitucional é claro. Havendo, então, um claro desrespeito, por parte do STF, quanto ao preceito constitucional.

Considerando que tal preceito figure como uma espécie de cláusula pétrea, não seria passível de alteração nem por meio de PEC, ainda que a proposta pretenda alterar dispositivos não considerados como cláusulas imutáveis. Intrinsecamente estariam inseridas, na ideia, a quebra do princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência é reconhecida hoje como um direito universal do indivíduo, decorrente da dignidade humana que possui, de modo que qualquer afronta à dimensão denominada “mínimo ético irreduzível”, importa violação dos direitos humanos que lhe são garantidos (CRETELLA JUNIOR, 1990, p. 539).

A presunção de inocência é enraizada no ordenamento jurídico brasileiro, pois decorre de outros movimentos legais anteriores, como descreve Coelho (2019, p. 4):

A norma-princípio da Presunção da inocência, a qual foi legalmente prevista pela primeira vez na França no ano de 1789, no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, logo fora positivada pela Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, em seguida pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em 1950 e, por fim, pelo Pacto de San Jose da Costa Rica em 1969.

No mesmo sentido, Cretella Junior (1990, p. 537) aduz:

Somente a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não mais cabe recurso, é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. (...). Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei e, assim, o acusado passa ao status de culpado, até que cumpra a pena, a não ser que revisão criminal nulifique o processo, fundamento da condenação.

Aliada à possível supressão do princípio da presunção de inocência, elenca-se o ataque a outro princípio, sendo o da ampla defesa e contraditório, uma vez que do início da execução da pena configuraria a ideia do esgotamento das fases recursais, onde não há mais de se falar nesse princípio.

[...] além do princípio da presunção de inocência, [cercearia] outro direito fundamental também previsto no artigo 5º da Constituição federal inciso LV, o princípio da ampla defesa e contraditório, tendo em vista que iniciar-se o cumprimento da pena antes do transito em julgado de sentença penal condenatória cercearia o direito de defesa do réu, podendo constatar uma mitigação a direitos fundamentais (COELHO, 2019, p. 7).

Outro argumento que também pode ser levado em consideração, é a relativização dos direitos fundamentais. Em que pese a atual situação carcerária do país, sendo de conhecimento geral que não apresenta estrutura física e recursos humanos adequados, direitos fundamentais estariam à beira de serem severamente suprimidos.

Entende-se, portanto que criar outra modalidade de prisão, com a antecipação do cumprimento da pena não solucionaria o problema, pois [...] o sistema carcerário brasileiro está superlotado e muitos dos detentos não possuem sequer qualquer julgamento do seu caso, fica claro o entendimento em que a restrição da liberdade atinge em sua maioria a classe mais desfavorecida economicamente, sem o mínimo de dignidade humana e demais garantias fundamentais (COELHO, 2019, p. 8).

Nesse sentido, dado aos argumentos, é possível observar que haveria a ruptura do princípio da presunção de inocência dado ao próprio texto constitucional.

3.2 ARGUMENTOS QUE NEGAM A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Há de se considerar, por outro lado, quem nega que a prisão autorizada após julgamento em segunda instância, não viriam de encontro com o princípio da presunção de

inocência, como aduz Coelho (2019, p. 8) ao comentar o posicionamento do então ministro Joaquim Barbosa:

O ministro Joaquim Barbosa deixa claro que a execução provisória da pena não feriria o princípio constitucional da presunção da inocência, uma vez que este princípio não é absoluto, além de frisar que com a quantidade de recursos cabíveis o processo jamais chegaria a seu fim, se tornando ineficaz, além de defender a legitimidade das instâncias ordinárias, as quais proferem decisões condenatórias dotadas de efetividade, afinal analisa a matéria de fato.

Demonstra o, então, ministro que há de ponderar-se quanto à relativização da presunção de inocência, e que os excessos na fase recursal prolongam o processo, imprimindo na sociedade a sensação de flagrante injustiça.

Assim, Paulino (2018, p. 70) entende que:

[...] deve-se considerar que os fins da pena, de prevenção geral e especial, ficarão completamente perdidos se aguardar toda a infinidade de recursos que podem ser interpostos pela defesa para dar execução ao decreto condenatório. Com efeito, o transcurso do tempo desde os fatos até o cumprimento da pena faz com que se perca a memória dos motivos que tornam necessária a reprimenda penal. Assim, impede-se a real socialização do apenado e prejudica-se a percepção da necessidade da pena para a vida em uma sociedade ordeira e pacífica. Por todo o exposto, Senhor Presidente, meu voto, na hipótese, é pela denegação da ordem, admitindo a execução provisória da pena uma vez exauridas as instâncias ordinárias.

O argumento de Paulino, é em consonância com o entendimento de Joaquim Barbosa no sentido de ineficácia da função social da pena, qual seja, a prevenção do ilícito. Isso remete à sensação, novamente, de não efetivação da justiça como um todo.

É preciso considerar, também, que na fase recursal (dos recursos ordinários e extraordinários) há o julgamento do que concerne ao direito, não possuindo o caráter suspensivo, isto é, no processo criminal ordinário houve a seguridade das garantias fundamentais de ampla defesa e contraditório, não havendo a ocorrência necessária destes na fase em que se discute.

Observa-se esta ideia no voto do então ministro Teori Zavascki no julgamento do HC 126.292 (STF, 2016), *in verbis*:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. 3. A possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988. Nesse cenário jurisprudencial, em caso semelhante ao agora sob exame, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), realizado em 28/6/1991, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decorrente de acórdão que, em

apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível. [...] Ao reiterar esses fundamentos, o Pleno do STF asseverou que, “com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva”, de modo que “os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão” (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997). [...] Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias. Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Dos argumentos elencados, compreende-se que a ideia de supressão do princípio de presunção de inocência não deve ser recepcionada, pois coloca-se ‘na balança’ a efetivação do direito como um todo, considerando a expressão da função social da pena, qual seja a de prevenir e reprimir o ato ilícito em suas variadas formas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se têm, nesse contexto, é que a possibilidade de prisão após julgamento em segunda instância fomenta a efetivação da justiça; principalmente se considerar o clamor social, haja vista as fases recursais atualmente existentes acabam por favorecer o prolongamento do feito, inviabilizando a efetiva (e eventual) condenação e, por consequência, o início da execução da pena.

Ocorre que o direito fundamental da presunção de inocência esculpido pela constituição federal deve ser o carro chefe de toda movimentação processual independente da fase em que se encontrar.

Considerar o indivíduo culpado por determinado feito e iniciar a execução da pena, sendo que ainda lhe resta outra instância recursal, pode configurar efetiva e danosa afronta aos preceitos constitucionais.

Por outro lado, a manutenção das fases protelatórias que impedem a sentença transitada em julgado, permite que determinados julgamentos se prolonguem no tempo e inviabilizem o alcance de um dos maiores valores consagrados no ordenamento jurídico, qual seja: a justiça.

Em que pese a discussão que favorece a prisão em segunda instância como não sendo um instrumento de supressão do princípio da presunção de inocência, é preciso considerar que os dois lados – contrários e favoráveis – apresentam argumentos plausíveis, fazendo com que a discussão pareça distante de um desfecho eficaz e equilibrado.

REFERÊNCIAS

AGI, Samer. **A prisão em segunda instância não pode retroagir**. Migalhas [2020]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318305/a-prisao-em-segunda-instancia-nao-pode-retroagir>. Acesso em: 15 set. 2020.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Agência Senado. **Emenda Constitucional**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emenda-constitucional>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Agência Senado. Câmara dos Deputados. **CCJ aprova admissibilidade da proposta que permite prisão após segunda instância**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615559-ccj-aprova-admissibilidade-da-proposta-que-permite-prisao-apos-segunda-instancia/>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 199/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229938>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. STF -**HC 126292**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Supremo garante a condenado o direito de recorrer em liberdade** [2009]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869>. Acesso em: 08 set. 2020.

COELHO, Pablo Martins Bernardi. A prisão após segunda instância e o princípio da presunção de inocência e não culpabilidade. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca. ISSN 1983-4225 – v.14, n.1, jun. 2019**. Disponível em: [www.revista.direitofranca.br > article > download > pdf](http://www.revista.direitofranca.br/article/download/pdf). Acesso em: 15 set. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988, V. I**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. **Execução penal**. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.

LEITE, Gisele. Considerações sobre execução penal na sistemática penal brasileira. **Revista Jus** [2013]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26088/consideracoes-sobre-execucao-penal-na-sistematica-penal-brasileira>. Acesso em: 08 set. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULINO, Galtênio da Cruz. **A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. Uma análise à luz da efetividade dos direitos penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal esquematizado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang et e al. **Curso de direito constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.