



**PEC nº 410/2018:
culpabilidade a partir da
confirmação de sentença
penal condenatória em grau
de recurso**

Nota Técnica nº 12/2019 AJUFE

A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE, entidade de classe de âmbito nacional representativa dos Magistrados Federais, em cumprimento de seu dever institucional de colaborar com o processo legislativo, apresenta a Vossa Excelência **Nota Técnica** relacionada à Proposta de Emenda à Constituição nº 410/2018, de autoria do Deputado Federal Alex Manente (PPS/SP), que pretende fixar a culpabilidade do acusado a partir da confirmação da sentença condenatória em grau de recurso.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tramita na Câmara dos Deputados Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 410/2018), de autoria do Deputado Federal Alex Manente (PPS/SP), que pretende alterar a redação do inciso LVII do art. 5º, de modo a fixar a culpabilidade do acusado a partir da confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso.

A propósito, segue quadro comparativo:

Redação atual	PEC nº 410/2018
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;	LVII – ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso. (NR)

Nos termos da Justificação, a amplitude do princípio da presunção de inocência deve-se ao momento histórico de promulgação da Constituição Federal. De acordo com o autor da Proposta, o longo período de repressão militar justificou a necessidade de positivar essa garantia fundamental de maneira a assegurar a presunção de inocência até a decisão do último recurso juridicamente admissível.

Contudo, segundo consta da Justificação, passados 30 anos desde a promulgação da Carta Maior, não mais se justifica a manutenção dessa garantia nas dimensões atuais. Isso porque o regime democrático está consolidado e as instituições funcionam com autonomia e dentro dos limites constitucionais, inclusive o Poder Judiciário, que não se submete a influências políticas. Com efeito, merece prosperar a Proposta em análise, sobretudo em razão dos aspectos a seguir delineados.

II. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À NÃO-CULPABILIDADE

As cláusulas pétreas não têm por escopo assegurar a intangibilidade de textos constitucionais; mas, ao revés, objetivam garantir estruturas e princípios considerados essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito. Desse modo, conquanto os direitos

e garantias fundamentais possuam *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF¹), isso não significa que eles sejam insuscetíveis de restrição pela manifestação do Poder Constituinte Derivado. Aliás, nenhum direito ou garantia fundamental se reveste de caráter absoluto.

O interesse público e a necessidade de assegurar a convivência harmoniosa das liberdades individuais exigem a conformação e a limitação de certos direitos. Dessa forma, nada impede, a princípio, que uma Emenda à Constituição venha a restringir a amplitude de um direito fundamental, desde que respeitada a intangibilidade do seu núcleo essencial. Nessa esteira, verifica-se que a Proposta em questão não afeta o núcleo do direito à presunção de inocência, de maneira que a pretendida reforma adstringe-se às balizas fixadas pelo Poder Constituinte Originário.

O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade encontra seu fundamento mais expressivo na disciplina jurídica da prova. Significa dizer que a funcionalidade desse princípio é assegurar ao acusado o direito de ser tratado como inocente enquanto não se prove a sua culpabilidade. Assim, se o órgão acusatório não se desincumbir do ônus de comprovar a materialidade e a autoria delitiva, a consequência que se impõe é a absolvição do acusado.

Cabe destacar que as questões relacionadas a fatos e provas são exauridas nas instâncias ordinárias, momento em que a responsabilidade criminal do acusado já se acha igualmente resolvida. Isso porque os recursos extraordinários *lato sensu* não são dotados de ampla devolutividade, sendo que a matéria devolvida às Cortes Superiores restringe-se a matérias de direito.

A reforçar essa ideia tem-se a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que estabelece a inelegibilidade enquanto consequência de condenação criminal proferida por órgão colegiado. Nota-se que, nesse caso, a presunção de inocência não impede que a condenação produza seus efeitos regulares, ainda que não tenha transitado em julgado.

As Cortes Superiores não são vocacionadas a examinar a justiça ou injustiça das decisões recorridas, mas sim a preservar a higidez do ordenamento jurídico-constitucional. Podem até atribuir nova definição jurídica aos fatos controversos, porém não podem modificar as premissas fáticas e probatórias expressamente delineadas pelas instâncias de origem. Por esse motivo, são excepcionais os casos em que o manejo de recurso especial ou de recurso extraordinário consegue reverter uma sentença penal condenatória.

A propósito, conforme constatou o Min. Joaquim Barbosa quando do julgamento do HC 84.078, de um total de 167 Recursos Extraordinários julgados e por ele relatados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo, ou seja, matéria que poderia ser facilmente resolvida pela via do *habeas corpus*. Portanto, desconsiderando esses casos de progressão de regime, foram providos apenas 6 recursos, o que representa menos de 4% dos recursos por ele relatados.

¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.

Além disso, no julgamento dos embargos de declaração no HC nº 129.192/SP, asseverou o Ministro Teori Zavascki que, de 2009 até março de 2016, período em que o Pretório Excelso adotou a tese da inadmissibilidade da execução provisória da sentença, de 22.610 recursos extraordinários e agravos em recursos extraordinários em matéria criminal, somente obtiveram êxito 1,7%, a maioria em favor da acusação. Desse universo, apenas 0,48% foi favorável à defesa, e, mesmo assim, envolvendo temas suscetíveis de arguição em *habeas corpus*, com muito mais eficácia e celeridade.

Ainda de acordo com o voto do Ministro, muitos recursos foram providos por força da prescrição, sendo apenas um o julgado (RE nº 755.565) em que o provimento do extraordinário resultou em absolvição do recorrente, em caso em que nem sequer havia pena privativa de liberdade (atipicidade em contravenção penal).

Constata-se, então, que o duplo grau de jurisdição concretiza-se quando do julgamento da apelação, recurso dotado de ampla devolutividade, por meio do qual o Tribunal de Justiça exerce um reexame aprofundado sobre o caso, tanto pelo aspecto fático-probatório quanto pelo aspecto jurídico. Assim, considerando que nos extraordinários a cognição limita-se às matérias de direito, diz-se que as instâncias ordinárias são soberanas quanto ao juízo de culpabilidade.

De todo modo, eventuais equívocos das instâncias ordinárias podem ser resolvidos pela via do *habeas corpus* ou ainda pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial ou extraordinário, mediante a demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano na demora.

Diante dessas razões, observa-se que reconhecer a culpabilidade do indivíduo a partir da confirmação de condenação criminal em grau de recurso não tangencia, sob nenhum aspecto, o núcleo essencial da garantia constitucional da presunção de inocência. Destarte, inexiste qualquer violação às cláusulas pétreas, o que revela a constitucionalidade da Proposta em exame.

III. DIREITO COMPARADO

Como evidenciado, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade. Não se verifica na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) ou na Convenção Europeia dos Direitos do Homem qualquer exigência normativa que condicione o início do cumprimento da pena imposta ao trânsito em julgado da sentença condenatória, porquanto consagram o princípio da presunção de inocência até a comprovação da culpabilidade do acusado — efetivamente ocorrida nas instâncias inferiores.

Por essa razão, diversos países do mundo adotam a possibilidade de execução da decisão criminal condenatória após o duplo grau de jurisdição, mesmo que pendente a apreciação da matéria pelas Cortes Superiores.

Conforme apontado em estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman², na Inglaterra, o “*Criminal justice act 2003*” restringiu substancialmente o procedimento de liberdade provisória, abolindo a possibilidade de recursos à “*High Court*” que versassem sobre o mérito da liberação do condenado até o trânsito em julgado, deixando a matéria sob competência da “*Crown Court*”. Atualmente, a regra imposta no Estado inglês é a execução da pena provisória enquanto se aguarda o julgamento dos demais recursos, a menos que haja norma prevendo a possibilidade de pagamento de fiança para o caso analisado.

Nos Estados Unidos, a presunção de inocência é vista como corolário das 5^a, 6^a e 14^a emendas e está positivada no art. 16 do “*Criminal Procedure Code*”, o qual estabelece que “*se deve presumir inocente o acusado até que o oposto seja estabelecido em um veredito efetivo*”. Não obstante, as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente, seguindo o mandamento expresso do Código dos Estados Unidos (*US Code*), o qual estipula que uma decisão condenatória constitui julgamento final para todos os propósitos, com raras exceções.

No Canadá, o código criminal estabelece que, após a sentença de primeiro grau, a pena é automaticamente executada, tendo como única exceção a possibilidade de pagamento de fiança — que deve preencher requisitos rígidos previstos no “*Criminal Code*”.

Na Alemanha, não obstante a relevância da presunção da inocência, o Tribunal Constitucional tem decidido que nenhum recurso aos Tribunais Superiores tem efeito suspensivo, tornando as decisões contra as quais tramitam recursos especiais eficazes e existentes nos aspectos pessoal, objetivo e temporal.

Quanto à França, é cediço que a Constituição Francesa de 1958 adotou, com a carta de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 — um dos paradigmas de toda positivação de direitos fundamentais da história do mundo após a revolução francesa. Ainda assim, o Código de Processo Penal Francês elenca, em seu art. 465, hipóteses que autorizam o Tribunal a expedir o mandado de prisão do indivíduo mesmo quando pendentes a apreciação de outros recursos.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional Português entende que tratar a presunção de inocência de forma “absoluta” corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares. Na Espanha, muito embora seja a presunção de inocência também um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias, admitindo-se até mesmo a possibilidade da continuação da prisão daquele que foi absolvido em instância inferior e contra o qual tramita recurso com efeito suspensivo em instância superior.

O ordenamento jurídico argentino também contempla o princípio da presunção da inocência, como se extrai das disposições do art. 18 da Constituição nacional. Isso não impede, porém, que a execução penal possa ser iniciada antes do trânsito em julgado da decisão

² Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Garantismo Penal Integral, 3^a edição, “Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do STF no HC 84.078”.

condenatória, estabelecendo o Código de Processo Penal federal argentino que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, nos termos do art. 494.

IV. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO PENAL

A função precípua do Direito Penal é a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a vida em sociedade, que não poderiam ser protegidos de forma eficaz por outros ramos do direito. Na realidade do sistema de justiça criminal brasileiro, a prestação da tutela estatal deve visar à efetividade da prestação jurisdicional para atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade.

Por isso, o Direito Penal deve se insurgir também contra a proteção insuficiente dos bens jurídicos e não apenas contra os excessos do *jus puniendi*, agindo positivamente para garantir a segurança da sociedade, a realização da justiça e a proteção dos direitos fundamentais.³

Destaca-se ainda que o afastamento da execução da condenação quando pendente apreciação da matéria nos Tribunais Superiores pode incentivar a interposição de recursos irrefletidos, com propósitos protelatórios, visando exclusivamente à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Nesse ponto, nos termos do que dispõe o art. 110, § 1º, do Código Penal, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada *in concreto*. Ou seja, com o trânsito em julgado da sentença para a acusação, o prazo prescricional começa a fluir e a pena concretamente aplicada na sentença perde sua força executória se não for exercitada pelos órgãos estatais nos prazos previstos no art. 109 do Código Penal.

Significa dizer, então, que os recursos extremos, além de não examinarem as questões relacionadas a fatos e provas e, por consequência, a culpabilidade do agente, não têm o condão de interromper o prazo prescricional. Assim, ao invés de constituir um instrumento de garantia da presunção de inocência do acusado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade do *jus puniendi* estatal.

Em voto do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC nº 126.292/SP, citaram-se os registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na ação penal subjacente ao HC nº 84.078, de Relatoria do Min. Eros Grau, que resultou na extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, impulsionada pelos sucessivos recursos protelatórios manejados pela defesa. Naquela ocasião, verificou-se que:

“O recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa

³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 4ª ed.: editora Saraiva: ano 2017, p. 125.

decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’” (Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais, 2015).”

O distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena, portanto, em muitas ocasiões conduz à prescrição da pretensão punitiva estatal. De acordo com o CNJ, somente nos anos de 2010 e 2011, 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro prescreveram no Brasil.⁴

Nesse contexto, cabe ressaltar apontamento apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso em voto proferido também no HC nº 126.292/SP, segundo o qual um sistema judicial que não funciona desperta os instintos de se realizar justiça pelas próprias mãos; faz parecer que o crime compensa; e faz a vítima e seus entes queridos sofrerem a dor da perda cumulada com a impunidade.

Por essas razões, diante da necessidade de garantia de efetividade e credibilidade da jurisdição penal, justifica-se a proposta de Emenda à Constituição apresentada, no sentido de esclarecer que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência e não obsta o cumprimento imediato da execução penal.

V. SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE PROCESSUAL

Sabe-se que o alcance do princípio da presunção de inocência é matéria amplamente controvérsia tanto no âmbito doutrinário quanto no âmbito jurisprudencial. Aliás, tome-se a título ilustrativo a oscilação de entendimentos da Suprema Corte. Até 2009, o Pretório admitia a execução provisória da pena, posicionamento revisto quando do julgamento do HC nº 84.078/MG. De 2009 até 2016, vigorou o entendimento de que a execução da pena antes do trânsito em julgado viola o princípio da não-culpabilidade. A partir do HC nº 126.292/SP (2016), a Corte retornou ao posicionamento anterior, de modo a reafirmar a possibilidade constitucional de executar a pena após condenação em segunda instância.

⁴ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidadeem-2012>

A instabilidade jurisprudencial cria uma situação indesejável de insegurança jurídica. Não se olvide que é direito do jurisdicionado saber, de antemão, a consequência jurídica de seus comportamentos. Assim, essa Proposta de Emenda à Constituição resolve esse problema de maneira definitiva, estabilizando as expectativas normativas e conferindo maior nível de concreção ao princípio da proteção à confiança.

Cabe destacar, ainda, que essa medida consolidará entendimento capaz de reduzir o grau de seletividade do sistema penal brasileiro. Um modelo de cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado resulta na possibilidade de que pessoas de maior poder aquisitivo não cumpram pena, ainda que condenadas. Isso porque o imbricado sistema processual dá margem ao manejo reiterado de recursos, em alguns casos com intentos meramente protelatórios, para alcance da prescrição da pretensão punitiva. Dessa forma, a PEC nº 410/2018 tem o condão de produzir efeito republicano e igualitário sobre o sistema penal, uma vez que, independentemente da capacidade econômica do acusado, sabe-se que ele iniciará o cumprimento da pena após a confirmação da condenação em segunda instância.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, evidencia-se que fixar a culpabilidade do indivíduo a partir da confirmação de condenação penal em grau de recurso é medida que, conquanto delimita o alcance do direito fundamental à presunção de inocência, não atinge seu núcleo essencial. Portanto, a Proposta de Emenda em questão não afronta qualquer cláusula pétreia, o que revela a sua compatibilidade com a Constituição Federal.

Isso porque as instâncias ordinárias exaurem o exame do material fático-probatório, de modo que os recursos às Cortes Superiores estão restritos às matérias de direito. Assim, forçoso reconhecer que a formação da culpabilidade se dá com a confirmação da sentença condenatória em segunda instância. As Cortes Superiores, em sede de recursos extraordinários, não avaliam a culpabilidade do acusado, mas tão somente a higidez da ordem jurídico-constitucional.

Diversos países do mundo que também adotam a máxima contida no princípio da não culpabilidade do agente admitem a possibilidade de execução da decisão criminal condenatória após o duplo grau de jurisdição, mesmo que pendente a apreciação da matéria pelas Cortes Superiores.

Segundo levantamento realizado por Luíza Cristina, Mônica Nicida e Fábio Gusman⁵, países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina não exigem o trânsito em julgado para o início da execução da decisão criminal condenatória, porquanto inexiste, nesses casos, violação ao princípio da presunção de inocência.

Além disso, vale destacar que o Direito Penal deve se insurgir também contra a proteção insuficiente dos bens jurídicos, agindo positivamente para coibir a proteção deficiente

⁵Frischeisen, Luiza Cristina Fonseca; Garcia, Mônica Nicida; Gusman, Fábio. Garantismo Penal Integral, 3ª edição, “Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do STF no HC 84.078”.

e garantir o princípio da máxima efetividade. Nesse vértice, a impossibilidade de execução da condenação quando pendente apreciação da matéria nos tribunais superiores pode incentivar a interposição de recursos com propósitos protelatórios, visando exclusivamente à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Por fim, a aprovação da Proposta solucionará a instabilidade da interpretação jurisprudencial sobre a matéria, conferindo maior grau de realização aos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, além de reduzir a seletividade do sistema penal brasileiro, dispensando tratamento mais republicano e igualitário aos jurisdicionados.

Por essas razões, a AJUFE manifesta-se favorável à **aprovação** da PEC.

Destarte, são essas as considerações que cabiam à ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. Ressalte-se que as reflexões aqui expostas visam unicamente ao aprimoramento do processo legislativo, tornando mais plural e democrático o debate institucional. Aproveita-se o ensejo, por fim, para reiterar as expressões de estima e distinta consideração.

Brasília/DF, 15 de outubro de 2019.

FERNANDO MARCELO MENDES

Presidente da AJUFE — Juiz Federal