

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 410, DE 2018

Apensado: PEC nº 411/2018

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

Autor: Deputado ALEX MANENTE

Relatora: Deputada CAROLINE DE TONI

VOTO EM SEPARADO

(Das Sras. TALÍRIA PETRONE e ÁUREA CAROLINA)

Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição cujo objetivo é alterar o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal para prever que ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso.

Encontra-se apensada a Proposta de Emenda à Constituição nº 411/2018, que dispõe que *ninguém será considerado culpado até o esgotamento da jurisdição perante o Tribunal de segunda instância*. Tal proposição também possui o número de assinaturas exigido pela norma de regência.

Conforme determina o Regimento Interno da Câmara dos Deputados em seus arts. 32, IV, “b” e 202, *caput*, cumpre à esta Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a análise da admissibilidade da matéria.

No tocante aos *aspectos formais* e às *limitações circunstanciais* impostas pela Constituição da República, nada há que se possa objetar.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer sobre as *limitações materiais*, já que as propostas em análise são emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o que viola frontalmente o § 4º do art. 60 do texto constitucional. Isto é, o tema central da discussão sobre a admissibilidade constitucional ou não da presente proposta de emenda constitucional fundamenta-se na natureza jurídica de cláusula pétrea e nos limites possíveis de sua alteração. Sabemos que tais cláusulas podem sempre ser ampliadas para o reconhecimento de novos direitos, mas, em nenhuma hipótese, podem ser alvo de restrição. Iniciativa nesse sentido deve ser declarada flagrantemente inconstitucional.

Nesse cenário, deve-se perceber que a Constituição Federal estabelece no inciso LVII, do art. 5º, que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*", consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o *princípio da não culpabilidade*.

Na Idade Média, numa estrutura de processo penal inquisitório, não se partia da inocência, mas da culpabilidade. Nesse sistema, a inocência era declarada quando o acusado a demonstrasse, e bastava um simples indício à formação de um juízo condenatório.

Na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório para o acusatório, a presunção de inocência assumiu relevante função, principalmente no que tange à liberdade e à prova. O princípio da presunção de inocência surgiu, assim, em face das práticas do Antigo Regime contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade.

Na esfera da Europa continental, o princípio da presunção da inocência ganhou corpo a partir das críticas iluministas acerca dos sistemas penais e, principalmente, em razão da discussão da relação do poder punitivo

do Estado e da liberdade individual com o direito natural e inviolável da presunção de inocência dos cidadãos. Tais discussões culminaram com a expressa inserção da presunção de inocência na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em face das experiências da Segunda Guerra Mundial, das fortes violações aos direitos humanos, bem como da esperança de que as transgressões poderiam ser prevenidas por meio de um efetivo sistema de proteção internacional, também acolheu expressamente o princípio da presunção de inocência como garantia ao justo processo.

De igual maneira, acolhem o princípio da presunção de inocência a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado ao qual o Brasil já aderiu, traz em seu bojo garantias judiciais e, dentre elas, a da presunção de inocência.

Os diversos diplomas internacionais acerca dos direitos humanos influenciaram a elaboração da constituição de diversos países, de modo que a presunção de inocência foi sendo inserida nas cartas constitucionais, como as da Espanha de 1978, da França de 1958, de Portugal de 1976 e da Itália de 1947.

Diversas Constituições associam presunção de inocência e coisa julgada. A Constituição da Albânia de 1998 exige uma decisão final para colocar de lado a presunção de inocência (artigo 30); a Constituição de Angola de 2010 fixa a presunção de inocência até que a decisão final seja alcançada pela *res judicata* (artigo 67, n. 2); a Constituição da Bulgária de 1991 (artigo 31, n. 3), também exige decisão final; a Constituição da Croácia de 1991, no artigo 28, menciona o julgamento final como requisito para afastar a presunção de inocência; também assim dispõe o artigo 69, n. 3, da Constituição da República Dominicana de 2010; igualmente, assim o fazem a Constituição do Equador de 2008 (artigo 76, n. 2); da Itália de 1947 (artigo 27); da Polônia de 1997 (artigo

42, n. 3); de Portugal de 1976 (artigo 32, n. 2); da Romênia de 1991 (artigo 23, n. 11); e, é claro, assim o dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 5º, inc. LVII), tratando-o como **princípio da não-culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**.

Portanto, a presunção de inocência é tida como parte do sistema de garantias judiciais tendo *status* de fundamentalidade desde o início do constitucionalismo moderno. Como lecionou o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 47:

*“As constituições modernas surgiram na esteira das sublevações libertárias do século XVIII como expressão da vontade dos cidadãos, veiculada por seus nos parlamentos. Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos, pois foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, dentre os quais se incluem os magistrados. **A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão**, considerado o gestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada. **Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias. Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição, com a seguinte - e cristalina - dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória”, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.”***

Desse princípio se extrai que ninguém poderá ser considerado culpado, não podendo, portanto, sofrer sanções ou restrições em sua liberdade, senão após condenação transitada em julgado. O princípio da não culpabilidade se confunde com o próprio ideal de democracia, razão pela qual a Declaração Universal de Direitos Humanos estabeleceu em seu artigo 11 a presunção de inocência até que sobrevenha condenação judicial definitiva, a fim de afastar os frequentes abusos cometidos pelos regimes totalitários na esfera jurídica de seus cidadãos: *“Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”*.

Quando a ONU estabelece ser necessário que todas as garantias necessárias à defesa sejam asseguradas isso sem sombra de dúvidas inclui o acesso aos Tribunais Superiores. Como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes no recente julgamento das ADCs 43, 44 e 47:

*“(...) Ainda que os recursos de natureza extraordinária (como o RExt e o REsp) não possibilitem um reexame amplo da matéria fática assentada pelas instâncias inferiores, **não há dúvidas de que o STJ e o STF têm atuado ativamente para a proteção efetiva de direitos fundamentais**, desempenhando, assim, um papel proeminente no sistema jurídico. **Levantamento publicado pelo Jornal Folha de São Paulo em 17.10.2019 diagnosticou que, de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimento dos recursos foi de 37%. Ou seja, em cada 3 (três) decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 (uma) é revista.**”*

Sobre o papel garantidor de direitos dos tribunais superiores, em agosto de 2016 foi elaborado pelas Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo memorial acerca da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, entregue ao Relator das já mencionadas ADCs nºs 43 e 44, que tratam da possibilidade de prisão após condenação em segunda instância. Em virtude do brilhantismo de tal documento, assim como

da enorme relevância dos dados ali trazidos, toma-se a liberdade de se reproduzir determinados trechos a seguir.

Entre fevereiro e abril de 2015, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo observou que cerca de 60% dos recursos especiais, e 25% dos agravos em recursos especiais interpostos obtiveram resultados positivos no Superior Tribunal de Justiça.

Já a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro analisou 1.476 processos nos quais foi requerente junto ao STJ entre março de 2014 e dezembro de 2015. Neste universo, verificou-se que 49% dos habeas corpus e recursos em habeas corpus tiveram resultado positivo, com impacto, portanto, na liberdade dos paciente, já que atenuavam, quantitativa ou qualitativamente, a pena imposta pelas instâncias inferiores. Dentre os recursos especiais e agravos em recursos especiais, esse percentual foi de 41%.

No mesmo memorial, foram analisados ainda os Recursos Especiais e Agravos em Recursos Especiais que, com resultado positivo, absolveram ou reformaram a dosimetria. Destes, 53% atenuaram o regime ou reconheceram a ilegalidade do regime fixado pelo Tribunal de Justiça, ou seja, nestes casos, os réus estavam em estabelecimento prisional inadequado.

Além disso, em 7% dos casos foi substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ou reconhecida a ilegalidade da decisão do TJ que afastou a substituição).

Isso pode representar a liberdade para milhares de pessoas condenadas injustamente em processos seletivos e racistas. De acordo com levantamento da agência pública analisando decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, não só os negros são mais condenados que os brancos nos crimes de tráfico como são processados a partir da posse de menor quantidade de drogas: *“Entre os réus brancos foram apreendidas, na mediana, 85 gramas de maconha, 27 gramas de cocaína e 10,1 gramas de crack. Quando o réu é negro, a medida é inferior nas três substâncias: 65 gramas de maconha, 22 gramas de cocaína e 9,5 gramas de crack.”*¹

¹ Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>

Ou seja, é mais provável ser julgado por tráfico mesmo com menor quantidade de droga quando se é negro e é mais difícil desclassificar o crime de tráfico para uso pessoal. Nos casos de apreensão de somente um tipo de droga, os negros foram proporcionalmente mais condenados, ainda que portando quantidades inferiores de entorpecentes. Nos casos envolvendo maconha, 71% dos negros foram condenados, com apreensão mediana de 145 gramas. Já entre os brancos, 64% foram condenados com apreensão mediana de 1,14 quilo, ou seja, uma medida quase oito vezes maior.² Essa realidade é expressão tanto do racismo estrutural quanto do racismo institucional, como bem destaca a Professora Thula Pires:

*“Contra a difundida narrativa de que não houve segregação legal no Brasil, a análise do sistema de justiça criminal não exaure as hipóteses, mas nos permite acessar os exemplos mais evidentes de iniciativas públicas de apartheid e o seu êxito fica comprovado, entre outros aspectos, pelos números que escancaram a cor da terceira maior população prisional do mundo. Usar oficialmente o direito para segregar não significa apenas elaborar enunciados normativos com caráter afirmadamente discriminatório. **Deixar de aplicar normas de teor antirracista, esvaziar as medidas de promoção da igualdade racial e fortalecer a imagem do negro como não humano, inferior, delinquente, primitivo, lascivo e servil são igualmente exemplos de racismo institucional.** O sistema penal tem como função primordial determinar condutas desviantes, a partir de conflitos sociais específicos. Com um corte racialmente seletivo o Legislativo, Judiciário, Ministério Público, a Polícia e a Prisão, escolhem os grupos sociais (e formas de vida) dignos de proteção e os seus inimigos, cujas vidas são tratadas como descartáveis.”³*

Assegurar a essas pessoas o acesso aos Tribunais Superiores é dar-lhes uma chance de escapar deste nível de seletividade e arbítrio. Como se vê, é possível concluir que o início da execução da pena a partir do acórdão do Tribunal local, que condene ou confirme a condenação de primeira instância, causará danos irreversíveis para parcela considerável dos condenados recorrentes.

² Disponível em: <https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>

³ <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>

Isso significa que pessoas ingressarão no sistema carcerário já superlotado quando sequer deveriam estar lá, ou ingressarão em regimes mais rigorosos do que deveriam, ou ainda, que ficarão mais tempo presas do que o devido.

O Ministro Gilmar Mendes analisando a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal demonstra que a maior parte dos recursos de Habeas Corpus deferidos refere-se aos crimes de tráfico de drogas e furto, envolvendo uma população carcerária na qual 33% das pessoas estão presas com base nestes dois tipos penais, o que corresponde hoje a mais de 264 mil pessoas:

*“Considerando os dados de 2018, podemos verificar que apenas 4,0% (quatro por cento) dos HCs concedidos pelo STF no ano passado versavam sobre os chamados crimes de colarinho branco (o que inclui crimes de corrupção, lavagem de capitais e organização criminosa). Por outro lado, a esmagadora maioria das nossas concessões se referem a crimes de tráfico (correspondente a 49,4% das concessões) e furto (correspondente a 9,0% das concessões). **Essa realidade mostra com clareza que o STF exerce papel ativo na correção dos entendimentos das instâncias inferiores, principalmente em favor dos direitos dos mais pobres. Não são os ricos criminosos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional.** Ainda ontem (06.11.2019), a Folha de São Paulo publicou um novo levantamento que indicou que a Defensoria Pública tem maior taxa de sucesso que os advogados particulares quando recorre ao STJ e ao STF. **De acordo com o levantamento da reportagem, no STJ, a Defensoria teve o recurso provido total ou parcialmente em 48% dos casos em que recorreu. Isso significa que em metade das situações a sentença da segunda instância foi alterada, ao menos em parte, em favor de um réu pobre.**”*

A presunção de inocência representa, de um lado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro,

requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade ou de penas restritivas de direitos. Ou seja, o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade impõe o ônus da prova do crime e sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Condenar alguém a ser encarcerado neste país quando a pena poderia ser outra vai além de violar o direito a presunção de inocência, representando violação também aos direitos à vida, à saúde, à integridade física. Como bem afirmou em sustentação oral no julgamento da ADC n. 54/2018, a advogada Silvia Souza:

*“(...) vale destacar que esta Corte reconheceu em 2015 o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. De lá para cá, muitos massacres ocorreram, pessoas foram decaptadas, o número de denúncias sobre tortura tem sido cada vez mais crescente. O art. 312 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses restritas de aplicação da prisão cautelar, o que, embora posto no sistema jurídico como exceção, tornou-se regra, em especial para a população negra e pobre. É preciso reconhecer que a restrição de direitos, sejam econômicos, sociais, ou as liberdades, atinge em primeiro lugar e com muito mais força a população pobre, preta e periférica. Aqueles que pouco aqui são ouvidos e representados. (...) Isso porque os corpos negros estão nas valas, estão enfileirando as prisões em condições sub-humanas, em condições insustentáveis. **Um debate tão sério quanto a relativização da presunção de inocência tem sido pautado como se afetasse apenas os condenados por crimes de colarinho branco, quando na verdade nós sabemos muito bem a quem se endereça o aparato penal do Estado.**”*

Aqui cabe abrir um pequeno parêntesis: O Brasil possui, atualmente, a terceira maior população carcerária do mundo. De acordo com dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), a população carcerária brasileira chegou a 726.354 pessoas em junho de 2017. Esse número é ainda mais elevado se computarmos o número de pessoas presas em carceragens da Polícia Civil. Segundo o estudo, o Brasil conta com a terceira maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados

Unidos da América (2.121. 600) e China (1.649.804). Entre os detentos brasileiros, 33% são provisórios. De acordo com os dados apresentados, são cerca de 235 mil pessoas presas antes de serem julgadas em primeiro grau jurisdicional, sendo que há evidências de que uma grande parte delas poderia responder ao processo em liberdade. Nos últimos 14 anos a população do sistema prisional brasileiro teve um aumento de 267,32%, muito acima do crescimento populacional.

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável, medicamentos e de produtos higiênicos básicos. Faltam assistência judiciária adequada aos presos e presas, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos.

Diante desse cenário, em 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, conduzida pelo Professor Daniel Sarmiento, da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, para denunciar o **estado de coisas inconstitucional** no sistema penitenciário brasileiro.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Medida Cautelar da referida ADPF, realizado em setembro de 2015, reconheceu a existência de estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema carcerário brasileiro, ante a ocorrência de violação gravíssima, massiva e sistemática aos direitos fundamentais dos detentos.

A decisão concedeu parcialmente a cautelar solicitada na ADPF, acatando dois pontos: i) determinou que juízes e tribunais passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos

Humanos e; ii) ordenou a liberação, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Feita esta observação, retomamos o argumento apresentado por Silvia Souza para afirmar que muito embora a mídia e os próprios membros desta Casa tratem do tema objeto desta proposta de emenda constitucional como se sua repercussão atingisse apenas o “Caso Lula”, o ex-presidente está longe de ser a única vítima de um sistema penal seletivo e parcial, marcado pelo desrespeito a garantias individuais.

No Rio de Janeiro, por exemplo, nós temos o caso do Dj Rennan da Penha, que ilustra como a banalização das prisões antes do trânsito em julgado pode ser perigosa para um Estado de Direitos que se pretenda pleno, ou seja, que abarque todo e qualquer cidadão, independente do seu CEP, da sua cor, ou, ainda, de suas opções políticas.

Rennan da Penha, jovem negro e um dos idealizadores do Baile da Gaiola, baile funk que acontece no bairro da Penha (RJ), foi preso em abril de 2019 após ser condenado, em segunda instância, por associação ao tráfico de drogas. Pena essa frequentemente aplicada às pessoas moradoras de favelas no Rio de Janeiro.⁴ A pena é de seis anos e oito meses de prisão. Ele tinha sido absolvido em 1ª instância por falta de provas. Segundo reportagem sobre o caso, *“a acusação se baseia em mensagens de WhatsApp para apontar que Rennan atuava como “olheiro” na comunidade – quem avisa ao tráfico quando via viaturas policiais. No entanto, ele acusa uma má- interpretação da justiça no caso. Um dos desembargadores chegou a citar os bailes funks como “bailes clandestinos” que produziram músicas “enaltecendo o tráfico de drogas” na decisão.*”⁵

Além deste caso específico, as advogadas criminalistas Luciana Boiteaux e Daniela Maggioraro indicam o quanto a prisão em segunda

⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/morar-em-favela-do-rio-e-agravante-em-condenacao-por-trafico-de-drogas.shtml>

⁵ <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/apoiadores-de-rennan-da-penha-e-rafael-braga-comemoram-decisao-do-stf/>

instância ameaça as famílias brasileiras ao punir mulheres que não oferecem risco à sociedade - 65% são presas por tráfico, muitas vezes pequenas quantidades - e que, além de sofrerem a pena, perdem a guarda de seus filhos. Segundo as autoras, a decisão do STF determinando prisão domiciliar nestes casos é ainda pouco seguida.

O problema intransponível que se apresenta é que o direito à presunção de inocência configura uma das cláusulas pétreas da Constituição Federal. E, por isso, apenas uma Assembleia Nacional Constituinte teria o poder de abolir tal garantia. **O estabelecimento dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas é essencial para manter a estabilidade do sistema constitucional e proteger cada cidadão do arbítrio de maiorias ocasionais.** A PEC em exame, visando apenas à perseguição política de uma liderança emblemática da oposição, ameaça a integridade do nosso sistema constitucional por inteiro.

O que queremos demonstrar aqui é que em um país marcado por resquícios autoritários e racistas que remontam os tempos coloniais, a presunção de inocência tem um papel fundamental. Se resolvermos menosprezá-la, estaremos pactuando com prisões baseadas tão somente em perseguições ideológicas, culturais e sociais, e uma escalada penal cujo limite esbarra em mantermos ou não nosso pacto social democrático.

Deve-se recordar que o próprio constituinte originário, ao representar a vontade e os anseios soberanos emanados do povo, primou por **manter o equilíbrio entre o poder punitivo do Estado e o direito à defesa e à liberdade do acusado.**

*“Não fosse isso, a opção do constituinte brasileiro, soberanamente adotada em 1988, foi no sentido de não admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em virtude das notórias distorções que, desde os tempos coloniais, caracterizam a perseguição penal entre nós, branda com os privilegiados e implacável com os desassistidos. (...) **Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte***

derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos (...).” (Ricardo Lewandowski)

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, estabelece a impossibilidade de reduzir o núcleo essencial desse direito fundamental individual, de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não há qualquer dúvida de que a presunção de inocência é um verdadeiro direito fundamental individual, essencial para a ocorrência de um processo penal democrático e justo, irradiando seus postulados por toda a persecução penal, desde a investigação até o final do processo.

Permitir a prisão antes do trânsito em julgado seria atingir de morte o núcleo essencial da presunção de inocência. A decisão do Supremo Tribunal Federal, dotada não só de uma acurada análise de teoria constitucional, mas também calcada na realidade, poderia bastar para demonstrarmos tal argumento, pois nela resta patente que se o exame fático é realizado no primeiro grau, isso não deslegitima a importância dos tribunais superiores para a análise da culpabilidade como bem demonstram os dados. Ademais, como ressalta o Ministro Marco Aurélio:

“O problema adquire envergadura maior quando considerada a superlotação dos presídios, destacada pelo Pleno ao apreciar a medida liminar postulada na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de fevereiro de 2016.

Constatou-se o exorbitante número de cidadãos recolhidos provisoriamente, a salientar a malversação do instituto da custódia cautelar e, conseqüentemente, a inobservância do princípio da não culpabilidade. Inverte-se a ordem natural para prender e, depois, investigar. Conduz-se o processo criminal com automatismo incompatível com a seriedade do direito de ir e vir dos cidadãos. Daí se extrai a importância do marco revelado pela preclusão maior do título condenatório, quando a materialidade delitiva e a autoria ficam estremes de dúvidas e devidamente certificadas pelo Estado-Juiz.”

Como se não bastasse, a decisão anterior do Supremo vinha sendo utilizada de modo totalmente arbitrário sem consideração a individualidade da pena e as contingências do caso concreto, como alertou o Ministro Gilmar Mendes:

“(...) registrei desde logo minha inquietação com o mau uso que as instâncias ordinárias vinham fazendo da prisão provisória após a decisão do STF de 2016 que autorizara a execução da pena antes do trânsito em julgado. Na ocasião, ao criticar o alongamento desmedido das prisões provisórias, adverti o seguinte: ‘Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema. Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória’. Em 5.8.2017, mais uma vez no âmbito da Segunda Turma, reafirmei minha evolução de entendimento sobre o tema, no julgamento do Habeas Corpus 136.720. Naquele caso, destaquei novamente um quadro reiterado de prisões provisórias alongadas que já estava a subverter em sua inteireza a conformação do princípio da presunção de inocência:

14 “A mudança da jurisprudência que nós realizamos -

de fato, tem razão os críticos, pois foi num curto espaço de tempo -, porque não vamos também nos vergastar por isso, porquanto estamos, de alguma forma, fazendo, Ministro Celso, aquilo que o célebre e justamente famoso professor Mangabeira Unger chama de experimentalismo institucional. Nós estamos fazendo isso, no âmbito da jurisprudência, e verificando quais são, de fato, os resultados. Veja que, estranhamente, ao invés de começarmos a encorajar a prisão a partir do segundo grau, na verdade, passamos a encorajar as prisões alongadas. Na realidade, passamos a já não ter mais as decisões de segundo grau para justificar a execução, mas um tipo de execução antecipada, por fundamentos dos mais diversos, porém, aí, cantado em prosa e versos, a partir do primeiro grau. Portanto, nós temos que ser leitores de estrela.”

A importância do exame de culpabilidade pelos Tribunais Superiores se torna ainda maior quando lembramos que no Rio de Janeiro vige a **Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que substitui o conjunto probatório pela mera palavra dos policiais** e permite a existência de casos como o de Rafael Braga, privado de liberdade por porte de pinho sol.⁶

Para que não restem dúvidas, vamos além, pois entendemos ser necessário demonstrar por todos os meios disponíveis a impossibilidade do Legislativo, enquanto Constituinte Derivado, atuar no sentido proposto nesta PEC de restringir a presunção de inocência.

Virgílio Afonso da Silva, professor titular de direito constitucional da USP, em sua tese para titularidade, dedicou-se justamente ao debate sobre a identificação dos limites nos casos de cláusula pétreas. Já no início de sua análise ele estabelece como parâmetro essencial da fundamentalidade que *“o âmbito temático de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível, o que significa dizer que qualquer*

⁶ Súmula nº 70 PROCESSO PENAL, PROVA ORAL, TESTEMUNHO EXCLUSIVAMENTE POLICIAL, VALIDADE: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no caso de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele prima facie protegido.”

O autor vai além e nos ensina que para identificarmos até onde pode ir uma restrição de um direito fundamental precisamos analisar três elementos: (i) âmbito de proteção; (ii) intervenção estatal e (iii) ausência de fundamentação constitucional.⁷

O âmbito de proteção se refere ao que se protege, no caso do inciso LVII do artigo 5º, resguarda-se a presunção de inocência. Contra o que se blinda tal proteção? Contra a intervenção estatal, neste caso, manifestada numa sanha punitivista que atinge desproporcionalmente determinados grupos (no Brasil, homens negros).

Quando a intervenção estatal deve ser impedida? **Quando existe ausência de fundamentação constitucional.** No caso em análise, como se não bastasse tudo o que já foi dito acima comprovando a total ausência de fundamentação constitucional para a restrição, tem-se que a proteção aos direitos fundamentais deve ser realizada da forma mais ampla possível. Disso decorre necessariamente que todas as outras possíveis soluções devem ser tentadas antes de se cogitar qualquer modificação de direitos fundamentais. Se o problema se subsume ao excesso de recursos protelatórios, vamos debater nosso sistema recursal! Agora, é inadmissível que isso sirva de desculpa para este Parlamento tentar, por uma manobra flagrantemente inconstitucional modificar, pela primeira vez, um inciso do artigo 5º com o intuito de restringir direito fundamental.

Ante o exposto, votamos pela **INADMISSIBILIDADE** da Proposta de Emenda à Constituição nº 410, de 2018, bem como da Proposta de Emenda à Constituição nº 411, de 2018.

⁷ Revista de Direito do Estado 4 (2006): 23-51.

Sala da Comissão, em de de 2019.

Deputada TALÍRIA PETRONE

PSOL/RJ

Deputada ÁUREA CAROLINA

PSOL/MG