

CÂMARA DOS DEPUTADOS
Comissão Especial PEC 199/19 – Prisão em 2ª Instância

PROPOSTA DE EMENDA À
CONSTITUIÇÃO N. 199 DE 2019
(Do Sr. Alex Manente e outros)

Apontamentos e Proposta Alternativa
Prof. Me. Tiago Bunning¹

18/02/2020

¹ Ouvido na condição de palestrante na Audiência Pública realizada em 18 de fevereiro de 2020.



SUMÁRIO

PARTE 1

APONTAMENTOS A PEC 199/2019 (pg. 3)

Considerações iniciais (pg. 3)

Justificativa e Proposições alternativas (pg. 6)

Considerações finais (pg. 9)

PARTE 2

Proposta de texto alternativo a PEC 199/2019 (pg. 10)

Ao Ilmo. Presidente da Comissão Deputado Marcelo Ramos
A/C Ilmo. Relator da Comissão Deputado Fábio Trad

APONTAMENTOS A PEC 199/2019

Considerações Iniciais

1. Inicialmente é necessário manifestar que minha posição pessoal é contrária ao mérito da presente proposta, na linha do que foi recentemente decidido pelo STF no julgamento das ADC's 43, 44 e 54. Tenho alguns artigos publicados sobre o tema e também um livro de minha autoria em que apresento cerca de 30 (trinta) páginas de pesquisa sobre o tema, e encaminho uma via a Secretária desta Comissão².

2. Partindo como premissa a partir da decisão do STF no HC 126.292/SP, se for feita sua leitura na íntegra, Vossas Excelências poderão identificar alguns argumentos favoráveis a execução antecipada de pena, que também são utilizados pela Proposta da PEC 199/2019, mas que ao meu ver carecem de fundamento científico.

3. Justifico:

3.1 A presunção não se flexibiliza, pois é uma regra e não princípio³, portanto, não é passível de análise gradativa no decorrer do processo;

3.2 A ausência de reexame de matéria fático-probatória no recurso especial e extraordinário não justificam a relativização da presunção de inocência, na medida em que é possível modificar as consequências da condenação (quantidade de pena, regime inicial e etc) e inclusive obter uma decisão absolutória mesmo sem analisar o fato ou a matéria relacionada a prova⁴;

² MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao Recurso no Processo Penal**. O duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 92/119.

³ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 99. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

⁴ Pesquisas realizadas pela Defensoria Pública dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro comprovam tais fatos. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/Dados-DPSP.pdf>. Acesso em: 17/02/2020. Pesquisa disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/DADOS-ANALISADOS-DPRJ.pdf>. Acesso em: 17/02/2020. Além disso, pesquisas realizadas pelo IBCCRIM e FGV/RIO também comprovam a alteração. Pesquisa disponível em:

3.3 A ausência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário também não permite executar a pena de forma antecipada, já que no processo penal não é o efeito recursal, mas sim a presunção de inocência que impede a produção dos efeitos da condenação⁵;

3.4 Também não deve ser utilizado o argumento do Direito Comparado, pois recentemente no episódio que gerou repúdio social pela aprovação do Juiz de Garantias – resultando na suspensão liminar de seus efeitos pelo Min. Luiz Fux nas ADI's 6.299 e 6.305 –, o Direito Comparado foi afastado, sob o argumento de que estaríamos comparando países e sistemas jurídicos com realidades diferentes, não havendo razoabilidade para que se utilize do mesmo Direito Comparado no momento de defender a execução antecipada de pena. Trata-se de argumento que parece servir apenas quando se concorda com o resultado de sua aplicação.

3.5 Além disso, o duplo grau de jurisdição não se encerra necessariamente na 2ª Instância – e vou me dedicar mais a frente a essa análise, pois é ele que nesse momento requer maior cuidado por parte de Vossas Excelências.

3.6 E o último argumento utilizado e que talvez seja o mais recorrente na proposta do Deputado Alex Manente, e por isso me dedico a ele de forma especial, seria o da “morosidade e conseqüentemente o risco de impunidade que dela decorreria”, o que com todo respeito, também não subsiste.

Mesmo sabendo que a presunção de inocência não depende de estatística ou de uma regra matemática, por que direitos fundamentais não se medem com uma régua, mas para demonstrar que os próprios números não permitem afastar a presunção de inocência, eu procurei analisar os mesmos relatórios citados na proposição da PEC.

O Relatório “Justiça em Números” do CNJ de 2017, com a data-base no ano de 2016, cita que os recursos representam 89,4% do trabalho nos Tribunais Superiores; também apresenta uma taxa de 6,8% de recursos externos, ou seja, de outros Tribunais para o STJ e STF; e aponta que dentre todos os processos no STJ 25,6% seriam recursos internos, interpostos e julgados dentro do próprio STJ. Mas, se procurarmos nesse mesmo relatório o número de processos que iniciaram no Poder Judiciário no ano de 2016, numa

https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf

Acesso em: 17/02/2020.

⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 677.

análise global, os casos em que se discute Direito Penal representam 0,03% (Pág. 167 – Figura 144)⁶.

Para fazermos uma análise ainda mais adequada com o tema da proposta, pensando apenas nos Tribunais Superiores, o Relatório “Supremo em Números” elaborado pela FGV/RIO, e também citado na proposta da PEC, cita a existência de 39.786 processos no STF, dos quais 70,51% seriam Agravos e 16,98% Recursos Extraordinários. Considerando que esse relatório da FGV/RIO foi realizado em 2009, em busca de dados mais recentes as estatísticas disponibilizadas pelo próprio STF, entre os anos de 2017 e 2018, demonstram a existência de 39.314 processos, sendo que apenas 6,37% tratam de matéria penal e 13,27% de matéria relacionada ao direito processual penal⁷, ou seja, menos de 20% dos processos e recursos no STF são de natureza criminal.

Por fim, o último dado a ser apresentado decorre de uma pesquisa realizada por servidores do STF, em que foi constatado que de 2009 até 2016 o número de *habeas corpus* subiu de 4.710 para 6.491 – um aumento de menos de 2.000 HC’s em sete anos –, mas a partir de 2016 (ano do julgamento do HC 126.292 que restabeleceu a execução antecipada de pena) até o ano de 2018 o número de *habeas corpus* subiu para 13.815 – mais do que o dobro em apenas dois anos –, sendo apontado pelos autores que a principal causadora desse aumento seria a mudança de entendimento sobre a execução antecipada de pena.⁸ Isso demonstra que, na verdade, a execução antecipada de pena não diminui o número de ações nos Tribunais Superiores, pelo contrário, pode inflar ainda mais o Poder Judiciário.

Quanto ao famigerado risco ou sensação de impunidade decorrente da morosidade processual, a recente alteração trazida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), trouxe a previsão da execução provisória após a condenação na 1ª Instância para os crimes dolosos contra a vida (Art. 492, I, “e” do CPP), além de prever uma nova causa de suspensão da prescrição enquanto estiver pendente os embargos de declaração ou os recursos aos Tribunais Superiores (Art. 116, III do CP), que se mostram suficientes àqueles que desejam acelerar a função retributiva do direito penal em crimes considerados graves e/ou de delitos de colarinho branco.

⁶ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> Acesso em: 17/02/2020

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaRamoDireito>. Acesso em: 20/05/2018.

⁸ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Et al. Habeas Corpus concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. Et al. **Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 157/158.

8. Pois bem. Ao adiantar o trânsito em julgado para os Tribunais de 2ª Instância, surge a seguinte possibilidade: o sujeito que foi absolvido na 1ª Instância, mas submetido a um novo julgamento em razão de um recurso de apelação interposto pela acusação para um Tribunal de 2ª Instância, havendo reforma da decisão absolutória, proferindo um Acórdão Condenatório – que reforma a sentença de absolvição –, que transitaria em julgado impondo a execução antecipada da pena. Contudo, trata-se da primeira condenação do sujeito, e nesse caso se tornaria inviável após a primeira decisão condenatória declarar o trânsito em julgado e iniciar a execução de pena.

9. Assim concluo a partir do caso *Mohamed vs. Argentina* em que Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a Argentina por violação ao duplo grau de jurisdição (Art. 8.2, “h” do Dec. 678/92). Resumidamente, Mohamed foi denunciado por um crime de homicídio culposo, absolvido em 1ª Instância, mas o Ministério Público da Argentina apelou da sentença absolutória e ao julgar o recurso o Tribunal reformou a sentença e proferiu Acórdão condenando Mohamed, e após essa condenação só seriam possíveis recursos de natureza extraordinária e que não suspendiam os efeitos desta condenação.⁹

10. A defesa do Mohamed levou o caso a Comissão que por sua vez submeteu o julgamento a Corte Interamericana, que no dia 23 de novembro de 2012, proferiu sentença reconhecendo que o duplo grau de jurisdição é o direito de revisão de uma decisão condenatória¹⁰. E por isso, a Corte condenou a Argentina para que permitisse que após a reforma de uma sentença absolutória em 2ª Instância fosse possibilitado ao Mohamed um recurso ordinário, acessível e eficaz¹¹ ficando suspenso os efeitos da decisão condenatória até o julgamento do recurso.¹²

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012, p. 13/16. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf Acesso em: 17/02/2020.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012, p. 29/32. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf Acesso em: 17/02/2020.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012, p. 32. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf Acesso em: 17/02/2020.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentença de 23 de novembro de 2012, p. 44. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf Acesso em: 17/02/2020.

4. Portanto, não é a presunção de inocência o único impeditivo a execução antecipada. E de fato, discutir efeitos recursais ou alterar a natureza jurídica do recurso especial e extraordinário não se confundem com a presunção de inocência, pois como regra ela se sobrepõe aos efeitos e a natureza dos recursos, na medida em que deve impedir a execução de qualquer pena antes do trânsito em julgado.

5. Por isso, modificar o trânsito em julgado, para não mexer na presunção de inocência, que me parece ser o objeto da PEC 199, violaria do mesmo modo a presunção de inocência ao adiantar seu termo inicial. Isso não configura mutação constitucional ou uma reinterpretação do Poder Legislativo. É algo que no plano constitucional esbarrara na vedação do retrocesso que impede a supressão, ainda que parcial, de direitos e garantias fundamentais já postos na Constituição, além de violar cláusula pétreia – o que não é permitido pelo Art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF – ainda que de forma indireta, por que quando se mexe no trânsito em julgado obviamente se afeta a presunção de inocência que a ele está vinculado, como garantia fundamental (Art. 5º, LVII da CF).

Justificativa e Proposições alternativas

6. Feita essa advertência, quanto ao meu posicionamento pessoal acerca da execução antecipada de pena, em respeito a Vossas Excelências que estão dispostos com seriedade e responsabilidade e, principalmente em respeito ao Relator e proponente do convite para minha exposição, Deputado Fábio Trad, admitindo a possibilidade de aprovação da PEC, que reitero não concordar com seu mérito, eu me disponho a trazer uma proposta alternativa a Vossas Excelências.

7. Portanto, vou explicar rapidamente quais são minhas observações a PEC, e adianto que minha proposta não suprime em nada o texto que foi apresentado pelo Deputado Alex Manente que propôs alterações ao Art. 102 e 105 da Constituição Federal. Eu apenas vou sugerir uma adequação no sistema recursal, para que ele fique harmônico, afinal quando se altera a natureza dos recursos de natureza extraordinária são causados reflexos em outros pontos do ordenamento, e o Poder Legislativo nesse ponto deve agir com responsabilidade e pensar no sistema como um todo, aliás é essa a intenção declarada na proposta.



11. Portanto, ao tornar o REsp e RExt em ações revisionais precisamos diferenciar, os casos de confirmação da condenação em 2ª Instância, pois neste caso quem recorre é o réu depois de ter sido condenado e, portanto, foi garantido o duplo grau de jurisdição, mas sua condenação foi confirmada. E aliás, foi nesse sentido que o STF permitiu a execução antecipada de pena no HC 126.292/SP, limitado aos casos de Acórdão confirmatório da condenação.¹³

12. Entretanto, nos casos em que ocorra uma reforma da absolvição, portanto a primeira condenação proferida apenas em 2ª Instância, não se trata de decisão confirmatória, mas sim uma nova decisão que até então era inexistente e, portanto, nesses casos não há como declarar o trânsito em julgado e iniciar de imediato a execução da pena sem respeitar o duplo grau de jurisdição. O mesmo ocorrerá se o sujeito detiver prerrogativa de foro em Tribunal, até por que sua condenação é decisão de 1ª Instância.¹⁴

13. Nesses casos, é necessário criar um recurso de natureza ordinária, com reexame de matéria fática-probatória, que inclusive poderia ser o próprio Recurso Ordinário já previsto nos Art. 102, II e 105, II da CF, viabilizando o duplo grau de jurisdição, não permitindo a formação do trânsito em julgado e conseqüentemente sobrestando a possibilidade de execução da condenação.

14. Além disso, outras 02 (duas) pontuais observações são necessárias. Primeiramente, se com o julgamento de 2ª Instância será considerado transitada em julgado a matéria, transformando os recursos especiais e extraordinário em ação revisional, é preciso vedar ao Ministério Público o direito de ingressar com as ações revisionais contra decisão absolutória de 2ª Instância, da mesma forma que já ocorre com a Revisão Criminal (Art. 623 e 626 do CPP), pois somente a liberdade não é afetada pela coisa julgada. Em segundo, seria também necessário criar um recurso interposto diretamente aos Tribunais

¹³ CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). **SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.** 1. 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 afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF, HC 126.292/SP, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016)

¹⁴ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao Recurso no Processo Penal.** O duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 202 e 210.

Superiores em caso de violação a Lei Federal ou da CF em desfavor de decisão proferida durante o processo – o que pode ser feito com manutenção do REsp e RE para esses casos – evitando o já comprovado aumento no número de *habeas corpus* impetrados aos Tribunais Superiores.

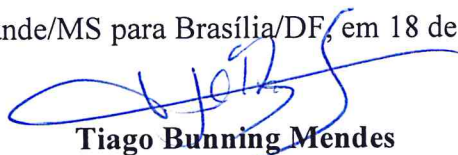
15. Por fim, o único apontamento de modificação de algum dispositivo da proposta seria quanto a aplicação da PEC aos processos em andamento, previsto no Art. 3º que exclui de sua incidência somente os casos de recursos especiais e extraordinários já interpostos antes da entrada em vigor da Emenda. Ao alterar a natureza dos recursos e com isso adiantar o trânsito em julgado não se modificam apenas regras processuais, pois em matéria penal está se afetando a punibilidade de forma direta com o adiantamento da pena. Portanto, em respeito a irretroatividade da lei penal maléfica (Art. 5º, XL da CF), as propostas de alteração do trânsito em julgado somente poderão ser aplicadas aos casos cuja prática do crime ocorra em data posterior a sua vigência.

Considerações Finais

16. Por todo exposto, limitando a análise dos processos de natureza penal, entendo ser necessária as seguintes observações:

- a) Qualquer alteração só poderá ser aplicável aos casos cuja prática do crime ocorra após a entrada em vigor da PEC;
- b) Prever o cabimento de recurso ordinário contra decisão que reforme sentença absolutória, independentemente da Instância em que isso ocorra, impedindo nesses casos o trânsito em julgado e conseqüentemente a execução imediata da pena;
- c) Impossibilitar o ajuizamento das ações revisionais pela acusação;
- d) Criar um recurso direto aos Tribunais Superiores (ou manter o REsp e RExt para tais situações) em caso de violação a Lei Federal ou da Constituição Federal em decisão proferida durante o processo.

De Campo Grande/MS para Brasília/DF, em 18 de fevereiro 2020.



Tiago Bunning Mendes

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS

Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra
Advogado e Professor

PROPOSTA DE TEXTO ALTERNATIVO A PEC 199/2019
(Sem supressão de texto dos artigos da proposição)

Se mantidas as redações propostas pelo Art. 1º e Art. 2º da PEC 199/2019 alterando os artigos 102 e 105 da CF/88 para dar natureza de ação revisional aos recursos extraordinário e especial, respectivamente, propõe-se o que segue:

Art. 1º

(Idem a proposta do Deputado Alex Manente, apenas acrescentando o parágrafo 5º)

Art. 102.....

§ 5º A ação revisional extraordinária somente poderá ser impetrada nos casos de condenação ou outra decisão desfavorável ao réu.

Art. 2º

(Idem a proposta do Deputado Alex Manente, apenas acrescentando o parágrafo 4º)

Art. 105.....

§ 4º A ação revisional especial somente poderá ser impetrada nos casos de condenação ou outra decisão desfavorável ao réu.

Art. 3º O Art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 102.....

II -

c) o acórdão condenatório proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que não será considerado transitado em julgado, quando reformar a decisão absolutória proferida por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal no julgamento de ações de competência originária.

§ 6º O recurso ordinário de que trata o inciso II, “c”, tem efeito devolutivo amplo e permite a revisão de matéria fático-probatória.

Art. 4º

Art. 105.....

II -

d) o acórdão condenatório proferido por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, que não será considerado transitado em julgado, quando reformar a sentença absolutória proferida pelo juízo de 1ª Instância.

§ 5º O recurso ordinário de que trata o inciso II, “d”, tem efeito devolutivo amplo e permite a revisão de matéria fático-probatória.

Art. 5º 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 aos réus cuja prática do crime tenha ocorrido antes da entrada em vigor desta Emenda.

Essas são proposições ao texto da PEC 199/2019 visam evitar a violação do duplo grau de jurisdição, nos termos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Mohamed vs. Argentina.

De Campo Grande/MS para Brasília/DF, em 18 de fevereiro 2020.



Tiago Bunning Mendes

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS

Especialista em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM e Universidade de Coimbra

Advogado e Professor