



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
PARECER DA COMISSÃO MISTA DE DIREITO PENAL E
DIREITO CONSTITUCIONAL DO IAB

Referência: Indicação nº 072/2019, de autoria dos Consócios Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna (Direito Constitucional) e João Carlos Castellar (Direito Penal), a qual visa analisar as propostas de alteração do texto constitucional que tratam do instituto processual da “coisa julgada”, como imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, nas sentenças penais e seu alcance em face do princípio constitucional da inocência.

Palavras-chaves: Proposta de Emenda Constitucional. Cláusula Pétrea. Presunção de Inocência. Trânsito em Julgado

Existe uma caixinha de vidro em uma livraria em Buenos Aires. Dentro dela dorme um exemplar da Constituição. Na tampa, o recado: *em caso de crise, quebre o vidro.*
(LENIO STRECK)¹

1. INTRODUÇÃO

A Comissão Mista Penal-Constitucional é composta por 4 (quatro) membros efetivos deste Instituto, representando a Comissão Permanente de Direito Penal, com os Consócios Marcio Barandier e Sergio Graziano, e a Comissão de Direito Constitucional, com a

¹STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo. **PECs contra a presunção da inocência são fraude à Constituição.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-11/streck-cattoni-pecs-presuncao-inocencia-sao-fraude-constituicao> Acesso em 25 nov. 2019.

Consocia Kátia Tavares e o Consócio Emerson Moura. Estes membros foram incumbidos de emitir Parecer em conformidade com a Indicação acima referenciada e apresentá-lo, em regime de urgência, ao Egrégio Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

O objeto do parecer foi delineado: **i)** pela indicação do Consócio Sérgio Luiz Pinheiro Sant’anna, mais específica, pois se refere à Proposta de Emenda à Constituição nº 410/2018, do Deputado Federal Alex Manente (Cidadania - SP), que propõe alteração no inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal, e **ii)** pela indicação do Consócio João Carlos Castellar, mais abrangente, pois, além da análise da mesma Proposta de Emenda à Constituição nº 410/2018, refere-se também à Proposta de Emenda à Constituição nº 05/2019, de autoria do Senador Oriovisto Guimarães (PODEMOS/PR), ao Projeto de Lei nº 4.198/2015, do Deputado Federal Miro Teixeira (REDE/RJ), ao Projeto de Lei nº 5.361/2016, de autoria do Deputado Federal Tenente Lúcio (PSB/MG), ao Projeto de Lei nº 9.280/2017, de autoria do Deputado Federal João Gualberto (PSDB/BA) e ao Projeto de Lei nº 5.936/2019, do Deputado Federal Eli Borges (SOLIDARIEDADE/TO).

Essas propostas de alteração do texto constitucional (Propostas de Emendas à Constituição) e do Código de Processo Penal (Projetos de Lei) procuram, em certa medida e de maneira transversa, modificar e modular, especificamente, o instituto processual da “coisa julgada”, instrumento pelo qual se garante, com plena segurança, a imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado e, no caso de sentenças criminais, seu alcance em face do princípio constitucional da inocência. O objetivo principal é permitir que a decisão criminal condenatória possa ser executada imediatamente após o julgamento por órgão colegiado de segunda instância.

É conveniente esclarecer que as articulações políticas em torno dos textos enviados ao Congresso Nacional tentam driblar dois entraves intransponíveis, os quais esbarram em um poderoso obstáculo, que não é estético, isto é, não serve de adorno à força normativa da Constituição, mas, muito ao contrário, a fundamenta: as regras de imutabilidade das “cláusulas pétreas”. São os seguintes os dois entraves:

- a)** a impossibilidade de alteração do conteúdo do artigo 5º da Constituição Federal, por se tratar de cláusula pétrea, conforme dispõe expressamente o artigo 60, parágrafo 4º, da Lei Maior;
- b)** a impossibilidade de alteração da legislação infraconstitucional na direção pretendida, em especial o artigo 283 do Código de Processo Penal, pois tal medida implicaria em direta tergiversação sobre o conteúdo

material da barreira constitucional que impede a execução da sentença penal condenatória antes do seu trânsito em julgado.

Estas articulações ganharam maior intensidade, inclusive com a retomada de movimentação de Projetos de Lei anteriores, em decorrência do recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que definiram a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal. Naquela oportunidade o Ministro Dias Toffoli votou pela procedência das ações, mas deixou registrado que poderia haver alteração na legislação para modificar a aplicação do princípio da presunção de inocência. Exatamente neste contexto foram pautadas diversas propostas de Emendas à Constituição e de Projetos de Lei com o mesmo objetivo: permitir a chamada execução provisória da pena criminal.

Nos acalorados debates em torno da matéria, ganhou destaque a PEC 199/2019, que teve aprovada a sua tramitação na Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados e foi apensada às Propostas de Emenda à Constituição 410/2018 e 411/2018, que tramitam na Câmara dos Deputados. Além delas, há a PEC 05/2019, que tramita no Senado Federal. A PEC 199/2019 visa alterar os 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.

Na realidade, após a decisão do STF acima mencionada, em virtude da polêmica em torno da (im)possibilidade de modificação constitucional para permitir a execução antecipada da sentença penal condenatória, novas alternativas vêm sendo cogitadas diariamente no Congresso Nacional, na imprensa, no meio jurídico, inclusive após a recente criação desta Comissão Mista para elaboração deste Parecer, muito em função de um reconhecimento majoritário de que o artigo 5º da Constituição Federal é cláusula pétrea e a modificação do seu texto ou do seu conteúdo, sem uma nova Assembleia Constituinte, é inconcebível. Daí as tentativas de se obter este mesmo resultado por outros (des)caminhos, de se iludir o comando constitucional por meio de leis ordinárias que devem reverenciá-lo e não retirar-lhe a eficácia. O presente parecer não pode ignorar esse cenário extremamente dinâmico, o que obrigou uma abordagem rigorosamente dentro do escopo da indicação que teve a pertinência aprovada pelo Plenário do IAB, porém não limitada pelas propostas de mutação legislativa expressamente nela indicados.

Assim, a Proposta de Emenda à Constituição 199/2019 coloca uma “cortina de fumaça” nas outras propostas, na medida em que, por um atalho, ultrapassa aqueles entraves

que devem fulminar a tramitação de todos os Projetos de Lei que visam alterar o Código de Processo Penal, bem como as próprias Propostas de Emenda à Constituição, e, *prima facie*, autoriza a execução da pena criminal após o julgamento do recurso pelo tribunal de apelação.

Importa dizer, em arremate, que no contexto das inúmeras propostas de alteração legislativa sobre a matéria – as quais foram objeto da indicação e tramitam nas duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado), é indispensável também a abordagem do conteúdo da PEC 199/2019, ou seja, a análise da pertinência e dos impactos dessa Proposta de Emenda à Constituição que pretende transformar, expressamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em instâncias revisoras.

2. AS CLAUSÚLAS PÉTREAS E O NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

As cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma da Constituição de um Estado. São dispositivos constitucionais que não podem ser alterados, nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC) feita pelo Congresso Nacional. A Constituição de 1988, em seu artigo 60, § 4º, determina: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”.

As clausuras pétreas estão previstas expressamente em diversas Constituições de vários países, apresentando em suas legislações limites materiais ao poder de reforma, como é o caso das Constituições francesa de 1958 (art. 89, alínea 5), italiana de 1947 (art.139), venezuelana de 1961 (art. 3º), portuguesa de 1976 (art. 290) e a Lei Fundamental da república alemã de 1949 (art. 79, alínea 3). Como afirma LUÍS ROBERTO BARROSO, as cláusulas pétreas existem para proteger a essência da identidade original da Constituição, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram a sua criação. Essa identidade, segundo ele, também referida como o *espírito da Constituição*, é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresse em inúmeras Cartas. “São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado”.²

Digno de registro são as anotações de GILMAR MENDES, PAULO GONET E INOCÊNCIO COELHO quando expressam que a finalidade das cláusulas pétreas não é

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

apenas de prevenir o processo de desgaste da Constituição, mas, sobretudo, evitar que a sedução de apelos próprios de determinado momento político destrua o projeto duradouro almejado pelo constituinte originário³. Nesse sentido, podemos conceituar as cláusulas pétreas como aquelas que possuem uma eficácia total, contendo uma força paralisante e absoluta frente à legislação que vier a contrariá-las, seja implícita ou explicitamente (§4º do art. 60 da CF).

Numa contextualização histórica, podemos sintetizar que no Brasil as primeiras cláusulas pétreas explícitas surgiram na Constituição de 1891, prevendo o regime republicano, a forma federativa de Estado e a igualdade de representação dos Estados no Senado (artigo 90, §4º). A Constituição de 1934 retirou a igualdade de representação dos Estados no Senado, mas manteve as demais cláusulas, que tinham sido previstas pela Constituição anterior (artigo 178, §5). Entretanto, a Constituição de 1937 não trouxe qualquer previsão de cláusula pétrea. Posteriormente, a Magna Carta de 1946 retomando o caminho das primeiras Constituições, acrescentou uma terceira cláusula pétrea, ao prever que propostas tendentes a abolir tais institutos não seriam admitidas como objeto de deliberação, dando ênfase à forma federativa e ao regime republicano adotado pelo Brasil. Em seguida as Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a mesma redação a essas previsões: a forma federativa, o regime republicano e a inadmissibilidade de propostas tendente a abolir tais institutos. Em 1988, ao ser promulgada a atual Constituição da República, em comparação às anteriores, foi a que trouxe o maior rol de cláusulas pétreas, disciplinando-as no artigo 60, §4º, conforme já mencionado.

Assim, podemos afirmar que a modernização, bem como a transformação do direito constitucional, se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que, após um longo período de ditadura militar, surgiu num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, colocando o texto constitucional como um verdadeiro garantidor desses direitos e acima das demais leis.

Uma das mudanças mais relevantes ocorridas ao longo do século XX, sem sombra de dúvida, foi ter sido conferida atribuição do *status* de norma jurídica ao preceito constitucional, sendo que hoje, com a evolução do direito constitucional, podemos dizer que

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

o neoconstitucionalismo⁴, é fundamentalmente representado por quatro pressupostos básicos, a saber: promover que a Constituição seja o centro do direito, como ponto de partida para todos os outros ramos do direito, de forma que se torne o ordenamento jurídico infraconstitucional atrelado à nova interpretação em um contexto constitucional, utilizando todas as normas conforme previsto na Constituição; conferir força normativa real, efetiva, para a Constituição, atingindo inclusive as relações privadas infraconstitucionais, ou seja, o texto constitucional alcança todas as leis complementares, ordinárias, decretos, medidas provisórias, regulamentos, regimentos, portarias, circulares, dentre outros atos normativos, de toda e qualquer natureza; finalmente, reinterpretar a própria constituição e extrair dela todos os seus valores fundamentais, de modo que esses valores sejam rigidamente mantidos e alterados somente quando houver mudança de uma nova Constituição.

No Brasil, a modernização e a transformação do direito constitucional ocorreram em razão da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988. Após longo período de ditadura militar (de 1964 a 1985), marcado pela censura e pela restrição de direitos fundamentais, o Brasil veio a se democratizar e a se reconstitucionalizar. A Constituição Cidadã, assim denominada pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, surgiu num contexto de busca pela defesa e pela realização dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, colocando o texto constitucional como um verdadeiro garantidor desses direitos, de modo que, já no preâmbulo da Carta Constitucional, ficou muito claro que o Brasil passou de um Estado opressor, ditatorial, para um Estado Democrático de Direito, garantidor e protetor de direitos fundamentais. Nesse sentido, vejamos o refrão histórico e ressonante que passou a ser a voz ecoante da nossa nação brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

⁴ Segundo BARROSO o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240:1-42, Abr /Jun. 2005. p. 22

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁵

Em suma, ao tornar-se um Estado Democrático de Direito, passou-se a respeitar e a preservar as liberdades civis, os direitos humanos, os direitos fundamentais e as garantias individuais, através do estabelecimento de um sistema de proteção jurídica, norteador por vários mecanismos que garantem a efetivação e a concretização desses direitos, com vistas ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça social, seguindo, assim, a tendência do constitucionalismo contemporâneo.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA “PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA”: A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Conforme deliberado pelo STF no dia 7 de outubro de 2019, a execução da pena deverá se iniciar somente após o esgotamento de todos os recursos criminais. A decisão não afasta a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal). O tema foi colocado de forma indireta por meio das Arguições de Declarações de Preceitos Constitucionais (ADPF) que pretenderam ver reconhecida a validade da regra do artigo 283 do Código de Processo Penal,⁶ que não admite a execução antecipada de uma sanção penal imposta antes do esgotamento de todas as vias recursais, o que implica reconhecer que a execução da pena criminal dependerá de não caber mais recurso extraordinário impugnando a condenação.

Como já assinalado por um dos Indicantes, originariamente encontrava-se na pauta de votação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara uma Proposta de Emenda à Constituição de autoria do Deputado Alex Manente para alterar o artigo 5º da Constituição Federal, que prevê: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

⁵ SENADO FEDERAL. **Constituição Federal – Preambulo.** Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/preambulo.asp> Acesso em: 24 nov. 2018.

⁶ BRASIL. Planalto do governo. Art. 283, CPP. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 24 nov. 2019.

penal condenatória; ou seja, se exige a confirmação de sentença penal condenatória em todas as instancias.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948, possui previsão expressa do princípio da presunção da inocência no seu artigo 11, o qual estabelece que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.⁷

Por outro lado, o postulado da presunção de inocência – ou da não culpabilidade, como preferem alguns doutrinadores – está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸, que consta assim:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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.

Destaque-se que a subordinação da execução de uma sanção criminal ao trânsito em julgado da decisão condenatória não é previsão constitucional exclusiva do Direito brasileiro, porquanto ela está igualmente consagrada no artigo 27 da Constituição da Itália; no artigo 32 da Constituição de Portugal, entre outras.

Por seu turno, os direitos e as garantias individuais, mesmo que em extensão e profundidade muito mais limitadas do que na Carta de 1988, tiveram previsão na

⁷ Todos os tratados internacionais, desde o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, prescrevem que a presunção de inocência se derruba “de acordo com a lei”, ou seja, de acordo com a legislação de cada país.

⁸ SENADO FEDERAL. Constituição Federal (Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 90 de 15/09/2015). Disponível

em: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/CON1988_15.09.2015/CON1988.asp Acesso em: 24 nov. 2019. Grifos nossos.

Constituição da República de 1891 (artigo 72) e na Constituição de 1934 (artigos 115 a 143). Embora o artigo 122 da Carta de 1937 reconhecesse direitos individuais, estes não tiveram efetividade, pois o Presidente da República governava através de decretos-leis e de leis constitucionais. Da mesma forma, houve previsão na Constituição de 1946 (artigos 129 a 144), bem como no texto da Constituição de 1967 foram mantidas as previsões de direitos e garantias individuais (artigo 150). Registre-se que nessas mesmas Constituições regularam também de forma distinta o recurso extraordinário como dispositivo recursal que viabilizava o controle dos atos de violação de direitos e garantias individuais, cabendo ressaltar que hipoteticamente a proteção das liberdades via recurso extraordinário fora tratada nos artigos 101 da Constituição de 1937 e 119 da de 1967 (EC nº 1 de 1969).

Segundo o entendimento dos léxicos, cláusula pétrea significa o mesmo que perpétuo, ou seja, algo que não morre, não deixa de existir nunca: “é a única que não pode ser mudada em hipótese alguma”⁹; **portanto a sua extinção não poderia – e não pode – sequer ser debatida sob nenhuma condição ou qualquer pretexto**. Além disso, como já se mencionou, o texto constitucional é claríssimo; não há como não compreendê-lo, conforme prevê o artigo 60 § 4º, IV¹⁰.

Por outro lado, o Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário. **O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, §§ 2º e 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos §§ 1º, 4º e 5º do aludido artigo**. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse eixo temático, caso seja desrespeitado poderá ensejar um debate sobre o controle de constitucionalidade normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta de constitucionalidade.

Com relação às emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual

⁹ DICIONÁRIO INFORMAL. **Cláusula pétrea**. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/cl%C3%A1usula%20p%C3%A9trea/> Acesso em: 24 nov. 2019.

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal. **Planalto do Governo**. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 24 nov. 2019.

seja o órgão de sua própria reforma. Em suma: não se admite qualquer relativização ou interpretação mais flexível das chamadas cláusulas pétreas, podendo ocasionar em um juízo de declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional, caso ela venha modificar a presunção de inocência.

Assim, com base não apenas no §1º (proibição de emendar a Constituição durante intervenção federal), mas também no §4º, do art. 60, da Constituição, que proíbe até ser objeto de deliberação uma proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, cabe controle de constitucionalidade da tramitação de quaisquer PECs, seja pela impetração de mandado de segurança por parlamentar, seja por ADPF, para impedir um processo legislativo de reforma constitucional que vulnere o sentido constitucionalmente adequado da presunção de inocência como garantia individual¹¹.

4. OS LIMITES MATERIAIS IMPLÍCITOS ÀS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Há de se reconhecer que tão relevante quanto às cláusulas pétreas para a proteção do núcleo duro da Constituição são as demais limitações implícitas, que têm por finalidade garantir a própria estabilidade da ordem jurídico-constitucional e derivam daqueles limites explícitos¹².

Os limites implícitos do poder de reforma usualmente são apontados como aqueles que abrangem as restrições e as alterações do titular do poder constituinte que institucionaliza o poder reformador, as modificações ao próprio poder reformador, bem como o processo de deliberação da própria emenda¹³.

O seu fundamento é preservar que qualquer cláusula constitucional essencial à própria manutenção da ordem constitucional possa ser mudada pelo poder constituinte reformador através de emenda ou pelo poder constituído legislativo ordinário, pois de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais se houvessem tais alterações.¹⁴

¹¹ BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Sem presunção de inocência, PEC 410/2018 é inconstitucional**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-16/geraldo-prado-presuncao-inocencia-recurso-extraordinario-stf>. Acesso em 24 nov. 2019.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 564.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 68.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 68.

Por esta razão, há quem situe entre as vedações, também, qualquer reforma que tenda por via reflexa atingir os direitos fundamentais¹⁵, pois distorceria o próprio sistema constitucional, como por exemplo, restringir o exercício ou formas processuais de tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Inegável que tal circunstância envolve determinar quais são as bases, portanto, que estão fora do poder de reforma, ou seja, perquirir quais são as decisões políticas fundamentais do constituinte originário que estão sendo alteradas pelo constituinte reformador, o que descaracterizaria o próprio pacto político fundamental¹⁶

Assim, parece que um critério válido apontado pela literatura jurídica, é que a alteração do texto constitucional, embora se possa traduzir na modificação do seu conteúdo, deva conservar um valor integrativo, no sentido de substancialmente ser adequado ao sistema originário da Constituição¹⁷.

Isto porque a substituição de uma Constituição por outra exige uma renovação do poder constituinte e tal fato não pode ocorrer senão por ruptura constitucional, sob pena de se distorcer a competência do Congresso Nacional, admitindo-se que ele possa violar o sistema essencial de valores da Constituição trazido pelo poder constituinte originário¹⁸.

Nesse sentido, já expressava a literatura clássica, que as reformas parciais ao pretenderem revogar princípios básicos abalam “os alicerces a todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebrantamento de todo o espírito que anima a ordem constitucional”¹⁹.

Desta forma, atenta contra o equilíbrio constitucional tanto a alteração do seu núcleo duro quanto o exercício do poder de reforma, que a pretexto de ser legítimo, possa de forma intencionada ou não macular o sistema formado pelas escolhas políticas fundamentais eleitas por aquela comunidade.

Isto não significa recusar o regular exercício do poder reformador como forma de conciliar o princípio republicano e democrático em sua feição intergeracional, já que a própria comunidade política pode ajustar a lei fundamental a suas demandas, de forma a permitir a perpetuidade do próprio regime constitucional.

¹⁵ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Poder de Reforma Constitucional**. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1954. p. 93

¹⁶ LEITE, Fábio Carvalho. **Revisão da doutrina dos limites ao poder de reforma na constituição de 1988**. Direito, Estado e Sociedade - v.9 - n.29 - p 87 a 151 - jul/dez 2006 p. 9.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 588.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 589.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 179.

Todavia, o exercício de um poder constituinte reformador que deriva de um poder constituinte originário não pode ser exercido sem observar os limites expressos e os implícitos decorrentes da interpretação lógica e sistemática da Constituição, de forma a preservar a própria estrutura da ordem constitucional.

Neste viés, deve-se observar se a reforma constitucional proposta não se encontra transvestida na realidade de uma tentativa de alterar por via transversa decisões políticas fundamentais, que a própria Constituição elegeu como limites, diante da impossibilidade de uma nova de constituinte, para prevalecer vontades eventuais.

O debate se insere, portanto, mais do que na tensão entre constituinte originário e reformador, na própria dialética entre deliberação permanente e transitória, no ímpeto das maiorias eventuais, que tentam malversar as escolhas políticas fundamentais da sociedade a partir das ideologias e escolhas políticas daquele grupo dominante.

5. ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA APRESENTADA PELO DEPUTADO ALEX MANENTE NO CONGRESSO NACIONAL

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados aprovou, em 20/11/2019 (quarta-feira), a admissibilidade da proposta de emenda à Constituição (PEC 199/2019, apresentada em 19/11/2019 (terça-feira) pelo Deputado Federal Alex Manente), que permite a prisão após a condenação em segunda instância. O texto segue para uma comissão especial. Posteriormente, terá que ser discutido pelo plenário da Casa. Após passar pela comissão especial, a PEC ainda tem de contar, no plenário, com o apoio de três quintos da Câmara (ou 308 de 513 deputados). Depois, no Senado, são necessários os votos de 49 dos 81 senadores. Tudo isso em dois turnos de votação em cada Casa.

Os parlamentares analisaram um parecer complementar da relatora, Deputada Federal Caroline de Toni (PSL-SC), que se manifestou favoravelmente à alteração dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, acabando, assim, com os recursos extraordinário e especial, dirigidos, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Com isso, o trânsito em julgado ocorreria após a condenação em segunda instância e permitiria a execução imediata das decisões condenatórias confirmadas pelos tribunais de justiça dos estados ou pelos tribunais regionais federais.

Em verdade, essa Proposta de Emenda fez ressurgir imediatamente a discussão realtiva à chamada “PEC Peluso”, apresentada em 2011 pelo então presidente da Suprema Corte, Cezar Peluso. Sobre o tema, devemos destacar que o Plenário do IAB aprovou Parecer da Comissão Mista Extraordinária composta, em 4 de abril de 2011, pelos respectivos Relatores das Comissões Permanentes de Direito Civil, Dr. Jackshon Grossman; de Direito Constitucional, Prof. José Ribas Vieira; de Direito Penal, Dr. João Carlos Castellar; e da Comissão de Admissão, Dr. Oscar Argollo, referente à Indicação nº 048/2011, de autoria do Consócio Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Na conclusão desse Parecer, os Relatores adotaram idêntico posicionamento do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados Brasileiros em reunião realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros no Rio de Janeiro, conforme reproduzimos:

O Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, reunido em Sessão Plenária, na sede do IAB, no Rio de Janeiro, decidiu, à unanimidade de votos, rejeitar as propostas encaminhadas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, no sentido de estabelecer o trânsito em julgado de todas decisões adotadas pelos Tribunais Regionais e Estaduais, e introduzir controle prévio de constitucionalidade, a cargo da Suprema Corte, por iniciativa do Presidente da República, por considerar que conflitam com o atual sistema e norma constitucionais. Externa, ainda, preocupação com a necessidade de respeito às garantias de acesso à Justiça.

Faz-se necessária uma contextualização rápida sobre o tema. A referida PEC abordava como ponto principal a imediata execução de decisões judiciais após pronunciamento dos tribunais de segunda instância, ou seja, dos TJ e TRF, com a finalidade de dar mais agilidade às decisões judiciais, segundo o ex-ministro. Nesse sentido, a PEC incluiria os seguintes artigos no corpo constitucional:

Art. 105-A: A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.

Parágrafo único: A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B: Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga o processo de competência originária:

I - de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente;

II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

O texto aprovado da PEC 199/2019 e que agora segue em tramitação foi o seguinte:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do §3º, do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 102 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art.

102.....

I –

s) a ação revisional extraordinária;

.....

§ 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que:

I – contrariar dispositivo desta Constituição;

II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 4º Na ação revisional extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.

Art. 2º O art. 105 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

“Art.

105.....

I –

j) a ação revisional especial;

§ 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que:

- I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

§ 2º Na ação revisional especial, o autor deverá demonstrar o interesse geral das questões infraconstitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de interesse geral, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária¹.

§ 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial.

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.

Art. 4º Ficam revogados o inciso III, do art. 102 e o inciso III, do art. 105 da Constituição²⁰.

Como examinado, os recursos extraordinários e especiais perderiam suas naturezas de recurso. Seriam meras ações autônomas. Como a ação rescisória, por exemplo. Alega-se que nestes recursos não se debate mais fatos e provas, mas apenas questões puramente de Direito. O mesmo argumento fora utilizado pelos Ministros dos votos vencidos no julgamento das ADC's pelo STF ²¹.

Em linhas gerais, o objetivo dessas PECs é garantir a execução da pena, nos processos criminais, após a condenação em segunda instância; ou seja, elas seguem sendo, na verdade, um instrumento para atingir a garantia constitucional, porquanto ao acabar com

²⁰BRASIL. Proposta de emenda à constituição n.º 199, de 2019 (Do Sr. Alex Manente e outros). Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1B93961CFBD1D9FE8F628C48D470200A.proposicoesWebExterno1?codteor=1835880&filename=Avulso+-PEC+199/2019. Acesso em: 25 de nov. 2019.

²¹Atualmente, o acusado tem direito a quatro instâncias, por assim dizer: Juízo de primeiro grau, e aqui entra também o Tribunal do Júri; segunda instância, os TJ's e TRF's; STJ por meio do Resp; STF através de RE.

o direito a recursos especiais e recursos extraordinários, necessariamente, tal restrição implicará em ferimento mortal ao direito à presunção de inocência. Conforme, verificamos há graves incoerências também nessa nova proposta de emenda 199/2019 aprovada na CCJ no dia 20 de novembro.

A referida PEC propõe eliminar duas instâncias para concretizar-se o trânsito em julgado, sendo flagrantemente inconstitucional. O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CRFB/88, atesta que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. O princípio da presunção de inocência é garantia individual, pois está expresso no artigo 5º, inciso LVII da nossa Carta Magna.

Os favoráveis à PEC defendem a sua constitucionalidade sob o argumento de que na Constituição não existe conceituação expressa do “trânsito em julgado”. Logo, não seria inconstitucional. Entretanto, o conceito desse instituto vem sendo construído e aceito de forma indistintamente pelos melhores doutrinadores ao considerarem o trânsito em julgado de uma decisão quando desta não cabe mais recurso. Portanto, se há, ainda que mínima, a possibilidade de alterar uma sentença, não há que se falar em trânsito em julgado.

É certo que o trânsito em julgado não se confunde com a coisa julgada, seja ela material ou formal. O insuperável professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA já lecionava: “Por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso”.²²

E mesmo que houvesse dúvida quanto a isso, deveria ser efetivada a interpretação que melhor proteja o princípio da presunção de inocência, por ser um direito fundamental do indivíduo. O legislador titular do poder constituinte derivado reformador não pode alterar a Constituição para abolir direitos fundamentais, pois estes estão consagrados em cláusulas pétreas. A presunção de inocência deve prevalecer até o trânsito julgado de todos os recursos admitidos. Portanto, é flagrantemente inconstitucional a PEC 199/2019 por pretender suprimir duas instâncias jurisdicionais, fazendo com que o trânsito em julgado se caracterize após decisões dos Tribunais de segunda instância e, assim, ferindo de morte a garantia insculpida no artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

²²MOREIRA, José Carlos Barbosa **Ainda e sempre a coisa julgada**. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

O problema, portanto, não é jurídico, mas, sobretudo, ideológico. Do ponto de vista da ordem jurídica, é correto afirmar que o acusado goza da mesma situação jurídica que um inocente. Esse é um ponto nodal do qual deve partir tanto a Constituição Federal como qualquer legislação de um Estado de Direito Democrático no regramento de sua persecução penal. E essa paridade ou igualdade substancial não se modifica diante dos diversos momentos da persecução penal: o investigado, o acusado e o condenado, enquanto pendente recurso da sentença condenatória, estão na mesma situação jurídica que o inocente; ou seja, de quem nunca foi investigado ou sequer processado.

5.1 Sobre o argumento retórico e a inexistência de coisa julgada

Como anteriormente mencionado, o Instituto dos Advogados Brasileiros já se manifestou sobre matéria muito semelhante, por ocasião do Parecer de Comissão Mista Extraordinária formada por membros das Comissões de Direito Civil, de Direito Constitucional, de Direito Penal e de Admissão, na Indicação nº 048/2011, de autoria do Consócio Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, que tratou da chamada “PEC dos Recursos”, formalizada, pessoalmente, pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, e segundo a qual a execução penal se iniciaria logo após o julgamento da causa em segunda instância, e as partes que pretendessem levar questões à apreciação dos Tribunais Superiores deveriam valer-se de ação autônoma. Aquela Comissão Mista emitiu parecer pela rejeição da proposta, o qual foi aprovado pelo Plenário do IAB.

Naquela oportunidade, os ilustres relatores e Consócios Jackshon Grossman, José Ribas Vieira, João Carlos Castellar e Oscar Argallo bem situaram que: “A lógica tem fator preponderante no exame da conduta prevista na norma jurídica enfocada, haja vista não existir precedente histórico relativo para a aplicação do método sistemático, salvo as constantes pretensões de reforma da legislação processual a obstar a possibilidade de recurso. Decerto, é o mecanismo mais apropriado para interpretar a *mens legislatoris*. É a lógica formal e, *in casu*, a lógica jurídica que o texto legal encerra, pretendendo impor uma conduta a ser observada. Muito embora a lógica funcione como uma abstração, por vezes diferente do conteúdo, o pensamento formal indica o sujeito, distante do objeto, mas interpolados em face de suas próprias e peculiares premissas. **“A forma é sempre forma de um conteúdo, mas o conteúdo determina a forma”**. E adiante anotaram que “o “transitada em julgado” diz-se de uma decisão sobre a qual não se pode mais recorrer, porque não há recurso possível, a “coisa julgada” é a qualidade conferida à decisão, a eficácia de sua força,

contra a qual não cabe mais recurso, restando imutável e indiscutível, salvo se atacada por ação rescisória ou pela *actio querela nulitatis insanabilis*". Daí ser ilógica e fictícia a norma que considera "transitada em julgado" decisão que, na prática, ainda admite recurso!

A PEC 199/2019, em tramitação na Câmara dos Deputados, é semelhante àquela proposta do Ministro Cezar Peluso, na medida em que não propõe alteração no artigo 5º da Constituição Federal, exatamente por se tratar de barreira intransponível a imutabilidade de cláusula pétrea, conforme anteriormente sublinhado. Destacamos, entretanto, que a proposta aprovada no último dia 20 de novembro de 2019 é mais "terminativa", pois procura estabelecer, **expressamente**, nova competência ao STF e STJ ao pretender a substituição das expressões Recurso Extraordinário e Recurso Especial por "Ação Revisional Extraordinária" e "Ação Revisional Especial", agregando como pressuposto de ajuizamento o trânsito em julgado da decisão.

É dizer: essa Proposta de Emenda à Constituição Federal introduz, a fórceps, a ideia de que o STF e o STJ não seriam mais instâncias recursais, e sim instâncias revisionais. Significa dizer que a Constituição Federal estabelecerá nova metodologia recursal nos Tribunais Superiores, na medida em que cria outro padrão da coisa julgada e, consequentemente, novo momento do trânsito em julgado. Se das decisões dos Tribunais de Apelação puder ser expedida Certidão de Trânsito em Julgado e esta mesma decisão for revisada pelos Tribunais Superiores (STF e STJ) teremos uma "coisa julgada" que não será terminativa e um "trânsito em julgado" que ainda não transitou em julgado.

Lembremos: o artigo 621 do Código de Processo Penal prevê a Revisão Criminal de processos findos, naquelas hipóteses dos incisos I, II e III do mesmo artigo. Importante perceber que este instituto processual (Revisão Criminal) é exclusivo da defesa, pode ser manejado a qualquer tempo (art. 622, do CPP) e também pode ser reiterado seu pedido se fundado em novas provas.

É preciso perceber que há profundas diferenças entre a Revisão Criminal do Código de Processo Penal e os atuais Recursos Extraordinário e Especial: aquela se fundamenta em processos findos (coisa julgada), e estes não! A Revisão Criminal é ação proposta para prevenir a perpetuação de injustiças e as restrições de liberdade injustificadas, observados sob o prisma de fatos novos, enquanto os recursos encaminhados aos Tribunais Superiores visam analisar processos em tramitação, sob a ótica das violações constitucionais, da legislação infraconstitucional e do dissídio jurisprudencial, mas sempre a partir de elementos já processados.

Aliás, diga-se, é exigência para a admissibilidade dos recursos aos Tribunais

Superiores o debate prévio da matéria nos Tribunais de Apelação, o chamado prequestionamento, sob pena de se negar-lhes seguimento.

Vale dizer, a análise realizada pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça é sempre a partir de uma continuidade do julgamento, isto é, a hipótese levantada pela PEC 199/2019 é **absolutamente falsa**, tendo-se em conta que, obrigatoriamente não pode haver solução de continuidade sobre a matéria a ser debatida nos Recursos Extraordinário e Especial. É evidente que a alteração do *nomen iuris* (Recurso Extraordinário para Ação Revisional Extraordinária) é eufemístico, pois jamais seria possível considerar que uma decisão judicial houvesse transitado em julgado pelo simples fato da lei assim definir.

Os Recursos aos Tribunais Superiores, quaisquer que sejam seus nomes, serão julgados sem solução de continuidade, **justamente porque não houve coisa julgada e não houve trânsito em julgado da decisão!**

6. O DEBATE SOB O OLHAR DA TEORIA DO DIREITO

Ao que parece o debate sobre o mérito em termos de pertinência constitucional do texto da PEC 199/2019 pode ser analisado pela Teoria do Direito, isto porque há um falacioso argumento de que o julgamento realizado pelos Tribunais de Apelação esgota a discussão fática, restando aos Tribunais Superiores (STF e STJ) o julgamento de “questões menores de direito”.

Como se percebe, a disputa está marcada por questões políticas ideológicas, como nos mostra CANOTILHO²³ ao dizer que o “poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”.

Ora, a partir da teoria do direito é possível identificar que a dissociação entre “Fato X Direito” se mostra inadequada. Em KELSEN²⁴ vemos que os fatos não carregam consigo sua significação objetiva. Pelo contrário, é o direito que interpreta e fornece significado aos

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6ª Ed. Almedina 2002. p. 65.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2009.

fatos. O debate sobre as Súmulas 279 do STF²⁵ e 7 do STJ²⁶ é prova disso. A discussão de significado de normas legais ou constitucionais nos tribunais superiores tem efeito direto sobre questões fáticas decisivas num processo.

A mesma tentativa de dissociação se verifica na Proposta de Emenda à Constituição 199/2019, pois nela funciona retoricamente como um par filosófico, que classifica as questões em "de fato" e "de direito" de forma independente, permitindo uma série de tomadas de decisão. Contudo, este par filosófico é meramente retórico, pois fato e direito são indissociáveis numa discussão jurídica.

Observa-se no texto da PEC 199/2019, em especial a redação do novo § 3º, do artigo 102, que há nítida tentativa de se fazer uma abrupta ruptura no debate judicial, ao impor o "trânsito em julgado" como condição objetiva para se ajuizar a novel "Ação Revisional Extraordinária", remetendo ao julgamento pelos Tribunais Superiores somente questões de Direito. Ora, isto serve apenas para justificar o suposto encerramento da formação da culpa e legitimar a execução daquela decisão de segunda instância fictamente rotulada pela condição de imutabilidade trazida no bojo do instituto da "coisa julgada".

A figura retórica criada neste § 3º, do artigo 102 indica falsamente que se trata de um fato sobre o qual não caiba mais recurso, pois esgotadas todas as instâncias, logo teria havido o trânsito em julgado da decisão. Contudo, ainda que o texto constitucional diga, expressamente, que houve o trânsito em julgado, ou seja, passou a existir no mundo jurídico a coisa julgada daquela matéria decidida, é preciso reconhecer que, tanto do ponto de vista formal quanto material, ainda é possível realizar o debate e, principalmente, alterar aquela decisão. Vale dizer, o efeito principal da "coisa julgada", que é a imutabilidade da decisão judicial, operada a partir do trânsito em julgado da decisão, não irá ocorrer, justamente porque, apesar de gravada com o rótulo fictício do "trânsito em julgado", ainda será submetida ao escrutínio judicial por meio das novas Ações Revisionais.

²⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Súmula 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174> Acesso em: 25 de nov. 2019.

²⁶CONSULTOR JURIDICO. **Incidência de juros reexame de prova não enseja recurso especial, reafirma STJ**. Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-18/reexame-prova-nao-enseja-recurso-especial-reafirma-stj> Acesso em: 25 de nov. 2019.

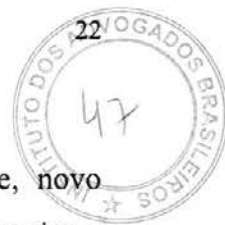
7.CONCLUSÃO

Estas razões levantadas acima, nos levam a crer que as funções constitucionais desempenhadas pelos Tribunais Superiores (STF e STJ), notadamente a defesa da Constituição, da interpretação da legislação infraconstitucional e da uniformização jurisprudencial que sempre serviram para corrigir decisões, podem estar profundamente ameaçadas.

Todas as propostas apresentadas com o objetivo de viabilizar a antecipação da execução da condenação criminal antes do seu efetivo trânsito em julgado possuem graves violações de constitucionalidade e dentre elas cabe aqui destacar:

1. A proposta de nova redação do artigo 283 do CPP que tramita no Senado Federal autoriza a “prisão em decorrência de condenação criminal exarada por órgão colegiado ou em virtude de prisão temporária ou preventiva”, contudo é preciso observar que, exceto as prisões cautelares, o fundamento da pena de prisão apenas ocorrerá com a formação da culpa, e a Constituição Federal é expressa, no seu artigo 5º, LVII, em afirmar que isso somente se dará a partir da coisa julgada, como consequência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, a proposta carece de adequada técnica legislativa, na medida em que tangencia indevidamente, no mesmo dispositivo, a prisão processual, a prisão cautelar e a execução provisória da pena.
2. A tentativa de alteração do artigo 5º da Constituição Federal já foi rejeitada diversas vezes por se tratar de “cláusula pétrea”, inserida no contexto das regras de imutabilidade, e qualquer alteração no seu conteúdo caracterizaria flagrante violação do artigo 60, parágrafo 4º, da própria Constituição Federal.
3. A PEC 199/2019 estabelece, **expressamente**, nova competência para o STF e STJ, ao propor a modificação dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal para substituir as expressões Recurso Extraordinário e Recurso Especial por “Ação Revisional Extraordinária” e “Ação Revisional Especial” e agregar como pressuposto de ajuizamento o trânsito em julgado da decisão.

A referida Proposta de Emenda à Constituição modela os Tribunais Superiores como



instâncias revisionais, cria novo padrão da coisa julgada e, conseqüentemente, **novo** momento do trânsito em julgado, fazendo com que a “coisa julgada” não seja terminativa e o “trânsito em julgado” não gere o efeito da imutabilidade da decisão, isto porque as decisões dos Tribunais de Apelação não sofrem solução de continuidade e os Tribunais Superiores permaneceriam julgando processos ficticiamente transitados em julgado.

A hipótese levantada pela PEC 199/2019 encerra inconcebível ficção, pois não é juridicamente racional imaginar e considerar que uma decisão judicial haja transitado em julgado pelo simples fato da lei assim definir. Portanto, tanto o Supremo Tribunal Federal quando o Superior Tribunal de Justiça permanecerão julgando processos “em tramitação”, **justamente porque não houve coisa julgada e não houve trânsito em julgado da decisão!** Assim, diante dos argumentos acima expostos a Comissão Mista Penal – Constitucional entende que as Propostas de Emendas à Constituição e os Projetos de Lei apresentados no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, aqui analisados, violam a Constituição Federal e devem ser integralmente rejeitados.

É o Parecer.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2019.

Marcio Barandier
Comissão Direito Penal

Sergio F. C. Graziano Sobrinho
Comissão Direito Penal

Kátia Rubinstein Tavares
Comissão Direito Constitucional

Emerson Moura
Comissão Direito Constitucional