



## Opinião: Sem presunção de inocência, PEC 410 é inconstitucional

O juiz Sérgio Moro defendeu, em entrevista[1] no dia 26 de março, que o Congresso deveria promulgar uma emenda à Constituição, fazendo um *override* à eventual mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de execução antecipada da pena, decidida no HC 126.292[2].

Um dia após a polêmica instaurada pelo referido juiz, o deputado Alex Manente (PPS/SP) e outros parlamentares, esquecendo-se de que a Constituição da República não pode ser emendada na vigência de intervenção federal (art. 60, §1º, da Constituição), apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição 410/2018, que pretende modificar a redação do art. 5º, inc. LVII da Constituição[3].

Da seguinte redação, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, para “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”.

Na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição, os deputados sustentam, entre outros argumentos, que a presunção de inocência, por um lado, já estaria garantida pelo fato de que cabe à acusação fazer as provas para a condenação de eventual acusado e que, por outro, as chamadas questões de fato já se encerrariam nas decisões de segundo grau – isto é, que a partir dos graus extraordinários (STJ/STF), a discussão se daria somente sobre “o direito” e não mais sobre “os fatos”..

Além da proibição expressa do art. 60, §1º, da Constituição, quanto à tramitação de qualquer PEC na vigência de intervenção federal, é importante que sejam devidamente considerados os argumentos apresentados na exposição de motivos e se analise a constitucionalidade da proposta de emenda também em face do § 4º, do art. 60.

A PEC parte de uma concepção equivocada segundo a qual o direito possa ser cindido entre “questão de fato” e “questão de direito”, como se “os fatos” do caso pudessem fazer sentido sem “o direito” envolvido[4].

Uma coisa são os pressupostos de admissibilidade dos recursos, nos quais o recorrente deve alegar alguma das hipóteses constitucionais (arts. 102, III e 105, III da CR/88); outra coisa é a resolução do caso, uma vez ultrapassado o juízo de admissibilidade.[5] Inevitavelmente, qualquer decisão jurídica considera questões de fato e de direito, eis que uma leva simultaneamente a outra, de tal modo que a decisão em 2º grau não esgota “questão de fato”[6].

A presunção de inocência, para dizermos com Dworkin, é um conceito interpretativo que exige ser compreendido à sua melhor luz, com coerência e integridade[7]. Não se pode, portanto, interpretar a presunção de inocência sem considerar os princípios da legalidade penal, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

A PEC acaba por inverter o ônus argumentativo, que é do acusador, violando a ampla defesa e o contraditório. Assim, a condenação em segunda instância, levando à execução antecipada da pena sem que haja decisão definitiva, exigiria do próprio acusado comprovar a sua inocência.



Haverá quem defenda a constitucionalidade dessa proposta de emenda à Constituição situando o debate no argumento de que o art. 60, §4º, inc. IV, da Constituição protege o *núcleo essencial* dos direitos individuais, podendo haver, nesses termos, modificação ou restrição desses direitos.

Todavia, pretender aqui um suposto “núcleo essencial” é, no mínimo, problemático. Quem definiria o que é ou não o “núcleo essencial” da presunção de inocência? Seria essencial *para quem*? Quando é a própria Constituição que exige o trânsito em julgado? Ora, caberia colocar-se, ao menos, no lugar do réu, do acusado! Pois é dessa perspectiva que se deve perguntar pelo sentido normativo, constitucionalmente adequado, da presunção de inocência.

Afora o risco de um punitivismo (in) confesso, mais uma vez, um problema de metódica jurídica ou de teoria da decisão se insinua, quando se defende a “teoria do núcleo essencial”: “normas são valores e, portanto, são ponderáveis”.

A diferença entre licitude e ilicitude, todavia, não é uma questão de grau. E pensar que essa questão normativa possa ser tratada como *mandado de otimização* é, para além de uma questão de metódica jurídica, uma questão de legitimidade do próprio exercício da jurisdição: seria atribuir um imenso poder de decisão aos juízes, corroendo as garantias fundamentais mais mezinhas do processo penal democrático.

A presunção de inocência, assim, não pode ser objeto de ponderação, pois sua *relativização* destruiria o seu próprio sentido normativo de proteção. Afinal, ninguém é “mais ou menos” não culpado até que “mais ou menos” se prove o contrário...

O que mais impressiona naqueles que, mesmo de boa fé, acreditam na possibilidade de uma PEC desse tipo é não se darem conta de que assumem uma postura “não-garantista”, inevitável à leitura *axiológica* que promovem do direito. E, nesse caso, contra o próprio Alexy, para quem, aliás, há uma primazia dos direitos individuais sobre supostos bens ou interesses coletivos<sup>[8]</sup>.

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 sequer ser objeto de deliberação proposta de ementa tendente a abolir direitos e garantias individuais, cabe controle de constitucionalidade da tramitação da PEC 410/2018, 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 individual. <sup>[9]</sup>

[1] Sobre o tema, ver <https://www.conjur.com.br/2018-mar-28/deputados-apresentam-pec-autorizar-prisao-segunda-instancia>

[2] Sobre as críticas a esse julgamento, ver: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, BACHA E SILVA, Diogo, BAHIA, Alexandre, PEDRON, Flavio. Presunção de inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal.



---

Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica-a-controversia-em-torno-do-julgamento-do-habeas-corpus-n-126-292-pelo-supremo-tribunal-federal-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-flavio-quinaud-pedron-e-m>.

[3] Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B70D236A6B0494D140FE4D](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B70D236A6B0494D140FE4D), acesso em 30 de Março de 2018.

[4] NEVES, Castanheira. *Questão de fato, questão de direito, ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967. NEVES, Castanheira. *Digesta*. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 335-336.

[5] Sobre isso: BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. 2a ed. Curitiba: Juruá, 2016.

[6] STRECK, Lenio. Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim? Disponível <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>

[7] DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

[8] ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[9] O STF não tem admitido controle prévio de constitucionalidade, com base no “conteúdo” de propostas e projetos (MS 32.033, Min. Rel. Teori Zavaski). Contudo, cabe dizer que a questão, seja com base no §1º, seja com base no § 4º, do art. 60, da Constituição, diz respeito ao processo legislativo, à tramitação de uma PEC (“A Constituição não poderá ser emendada”; “Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir”).

Nesse sentido, ver CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco; NUNES, Dierle. Câmara violou a Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas <https://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>

**Date Created**

02/04/2018