

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI
SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL**

Eduardo Camargo Jardim

PRESIDENTE PRUDENTE - SP

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI
SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL**

Eduardo Camargo Jardim

Monografia apresentada como requisito parcial de conclusão do curso e obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Matheus da Silva Sanches.

Presidente Prudente - SP

2021

**A EXECUÇÃO PENAL PROVISÓRIA NO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI
SOB A ÉGIDE CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Matheus da Silva Sanches –
Orientador

Larissa Aparecida Costa

Gabriel Teixeira Santos

Presidente Prudente, 09 de maio de 2021.

A verdade pode ser intrigante. Pode dar algum trabalho lidar com ela. Pode ser contra-intuitiva. Ela pode contradizer preconceitos profundamente enraizados. Pode não se coadunar com o que queremos desesperadamente que seja verdade. Mas nossas preferências não determinam o que é verdade.

Carl Sagan

Dedico este trabalho à minha mãe, por ser a minha maior inspiração e exemplo a ser seguido como ser humano, o meu norte e o motivo pelo qual enfrentar todas as batalhas diárias em minha vida valha a pena.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Antonio, por todo o suporte e cuidado, pelo exemplo de ética e honestidade e, sobretudo, por me ensinar diariamente que, com esforço, dedicação e trabalho tudo se alcança.

Aos meus irmãos César e Fernando pelo exemplo de seres humanos, por terem me ensinado os valores mais importantes da vida, pelos conselhos e pela cumplicidade, por todo apoio moral, emocional e incentivo diário e por serem minha base e inspiração do que me tornar como pessoa.

À minha irmã Alana e minha prima Ana Lúcia pelo companheirismo e por me ensinarem a ser uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus sobrinhos Mariana e Matheus pelo carinho e por ressaltarem que, na vida, nada é mais importante do que a família.

Às minhas cunhadas Andressa e Vanessa, com quem tanto aprendo, pelo carinho, apoio, cumplicidade e por todos os conselhos.

Aos meus tios Márcia e Rogério pelo exemplo de seres humanos e de profissionais do Direito, pelos ensinamentos e por todo apoio na vida e, sobretudo, ao longo desses 5 anos de faculdade.

À minha prima Beatriz e aos meus amigos Higor, Victor, Natália, Isabela, Ana Luiza, Arthur, Geovani e Thales pelo companheirismo, apoio e por dividirem comigo os melhores momentos da vida, mas também por se mostrarem presentes nos momentos de dificuldades e angústias.

A todo o corpo docente da Toledo Prudente Centro Universitário, sobretudo ao meu professor e orientador Matheus da Silva Sanches que, sem dúvidas, se não fosse por todo o seu auxílio, dedicação e excelência na orientação ao longo do último ano, eu não teria atingido as metas pelas quais esperava através do presente trabalho.

À Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao Tribunal Regional Eleitoral e à Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituições estas em que tive o prazer e o privilégio de servir como estagiário no decorrer da minha vida universitária e que se mostraram essenciais à minha formação como profissional do Direito.

Por fim, agradeço a todos aqueles que dividem esta jornada comigo, seja em âmbito pessoal ou profissional. Sem dúvida, todos que se fizeram presentes em minha vida foram essenciais para o meu amadurecimento, para a formação do meu caráter e para que eu possa me tornar o profissional que almejo ser.

RESUMO: O presente trabalho, tendo em vista as recentes reformas no sistema processual brasileiro com o advento da Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), que refletiu em inúmeros debates no universo jurídico, tem o condão de realizar um minucioso estudo a respeito da execução provisória da pena aplicada em sede do procedimento especial do Tribunal do Júri, inserida com a nova redação do art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal, analisando os principais pontos e contrapontos que geram controvérsia no que diz respeito à constitucionalidade do instituto. Para tanto, a pesquisa baseou-se em uma detalhada análise envolvendo o princípio da presunção de inocência como norma inerente ao modelo garantista preconizado pela Constituição Federal. Através das metodologias dedutiva e dialética, a presente pesquisa aponta questões que adentram às esferas de direito penal e processual penal, direito constitucional e direito internacional, acentuando também elementos da criminologia e da sociologia jurídica em relação aos impactos que a execução provisória da pena enseja à sociedade e ao sistema carcerário brasileiro. Por fim, sua conclusão está calcada em fundamentos que apontam se a existência do referido instituto possui amparo constitucional nos moldes de um ordenamento jurídico essencial a um Estado Democrático de Direitos, que tem como uma de suas principais premissas a tutela dos Direitos Humanos, bem como das garantias individuais deles advindas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Execução Penal. Prisão Cautelar. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present work, in view of the recent reforms in the Brazilian procedural system with the advent of Law 13.964/19 (Anticrime Law), which reflected in countless debates in the legal universe, has the power to carry out a thorough study regarding the provisional execution of the penalty applied under the special procedure of the Jury Court, inserted with the new wording of art. 492, I, "e" of the Code of Criminal Procedure, analyzing the main points and counterpoints that generate controversy with regard to the constitutionality of the institute. Therefore, the research was based on a detailed analysis involving the principle of presumption of innocence as a standard inherent to the guarantee model advocated by the Federal Constitution. Through deductive and dialectical methodologies, this research points out issues that fall into the spheres of criminal law and criminal procedure, constitutional law and international law, also emphasizing elements of criminology and legal sociology in relation to the impacts that the provisional execution of the sentence entails to the society and the Brazilian prison system. Finally, its conclusion is based on grounds that indicate whether the existence of the aforementioned institute has constitutional support in the molds of a legal system essential to a Democratic State of Rights, which has as one of its main premises the protection of Human Rights, as well as of the individual guarantees arising from them.

Keywords: Constitutional Law. Criminal Law. Criminal Procedural Law. Jury Court. Criminal Execution. Precautionary Arrest. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CF – Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

EC - Emenda Constitucional

HC – Habeas Corpus

ONU - Organização das Nações Unidas

PL - Projeto de Lei

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	EVOLUÇÃO JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO REFLEXO DE UM ESTADO DE DIREITOS.....	12
2.1	Da Teoria Geral Do Garantismo como Modelo Jurídico-Penal Adotado Pela Constituição Federal De 1988.....	16
2.2	Do Cenário Político-Social Atual e a Criação da “Lei Anticrime” como Instrumento de Combate à Criminalidade	20
3	DIPLOMAS INTERNACIONAIS ACERCA DA VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA.....	23
4	RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA.....	26
5	DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA INSTÂNCIA MÁXIMA	31
5.1	Críticas à Relativização da Presunção de Inocência pela Jurisprudência	33
6	DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.964/19 NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	38
6.1	Da Coexistência Constitucional entre a Soberania dos Veredictos e a Presunção de Inocência.....	39
6.2	Da Desproporcionalidade Sistemática do Art. 492, I, “e” Face ao Grau de Lesividade do Bem-Jurídico Tutelado.....	42
6.3	Da Ausência de Efeito Suspensivo como Violação ao Duplo Grau de Jurisdição	45
6.4	Dos Reflexos Sociais da Política Punitivista Ensejada pela Execução Provisória da Pena	49
7	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Em época de relevantes reformas no sistema processual penal brasileiro, destacando-se a Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) e, havendo de se falar também nas inúmeras modificações de entendimentos dos tribunais superiores, de modo que a insegurança jurídica continue arraigada no ordenamento jurídico brasileiro, outro relevante tema abarcado por tais modificações legislativas retorna à contemporaneidade como objeto de debates no âmbito acadêmico/doutrinário, bem como nos tribunais, qual seja a execução obrigatória da pena no procedimento especial do Tribunal do Júri, bem como se há constitucionalidade no novo instituto.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal possui diferentes precedentes que envolvem o respectivo tema, uma vez que já se posicionou pela possibilidade de execução provisória da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri nos HC 140.449/RJ e HC 118.770/SP, ambos de Relatoria do Min. Marco Aurélio Mello, prevalecendo-se o entendimento de que as decisões do júri são soberanas, não constituindo óbice à presunção de inocência (ou não culpabilidade), sendo ambos os princípios amparados pela Constituição Federal.

Inobstante, em recente julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, que versam sobre a execução provisória da decisão condenatória em segunda instância, a suprema corte declarou que só é possível quando esgotadas as vias recursais garantidas ao acusado, entendendo inconstitucional a execução anterior ao trânsito em julgado do processo criminal.

Em novo contraponto, a Lei Anticrime incluiu ao Art. 492, I do Código de Processo Penal a alínea “e”, que possibilita a determinação, pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, da execução provisória da pena igual ou superior a 15 (quinze) anos ao condenado por crime doloso contra a vida, sem que haja prejuízo da interposição de eventual recurso, ainda que seja decorrente de uma decisão em primeiro grau de jurisdição calcada na íntima convicção do conselho de sentença.

Assim sendo, a presente pesquisa tem o intuito de discorrer acerca das problemáticas ensejadas pelo referido instituto processual penal no que tange à compatibilidade com o texto constitucional.

Para tanto, o capítulo 2 ocupou-se de uma contextualização histórico-normativa a respeito da presunção de inocência como princípio basilar de um Estado Democrático de Direitos, mostrando-se indispensável uma análise acerca da Teoria Geral do Garantismo como modelo jurídico-penal adotado pela Constituição Federal,

analisando também o cenário político-social em que foi criada a Lei Anticrime.

O capítulo 3 teve o condão de discorrer acerca dos diplomas internacionais que versam sobre a presunção de inocência e os quais o Brasil é signatário, ponderando sobre a sua hierarquia normativa quando sistematizada com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Por consequência, mostrou-se necessária uma análise acerca da relativização da presunção de inocência pela jurisprudência ao longo dos anos (capítulo 4), entendimento este que preponderou por muito tempo nos tribunais, para que, em seguida, fosse apontada a constitucionalidade do princípio em sua instância máxima (capítulo 5), revelando ter sido equivocada a sua reiterada relativização jurisprudencial.

Adentrando-se à instituição da execução provisória da pena em sede do Tribunal do Júri, o capítulo 6 explorou minuciosamente o art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal, a partir de uma análise acerca de sua natureza jurídica para, posteriormente, dirimir argumentos que apontem as diversas óbices constitucionais contidas no dispositivo inserido pela Lei Anticrime.

No que se refere à metodologia, foram utilizados os métodos dedutivo, haja vista que a pesquisa tem como premissa a existência de determinadas hipóteses que serão analisadas com base em cognições lógicas, e dialético, uma vez que o objeto de pesquisa aborda ideias em contraposição, mas imprescindíveis para a síntese da situação-problema.

2 EVOLUÇÃO JURÍDICA DA PRESUNÇÃO DE VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO REFLEXO DE UM ESTADO DE DIREITOS

Historicamente, na consagrada obra *Dos delitos e das penas*, em 1764 Cesare Beccaria adiantou que “*Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada*”.¹

Vinte e cinco anos mais tarde, incendiada pelos ideários iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa foi o prelúdio para a consagração normativa dos Direitos Fundamentais no mundo contemporâneo, de modo que, em 26 de agosto de 1789, foi promulgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que representou um marco civilizatório calcado na emancipação histórica do indivíduo frente ao poderio Estatal, bem como dos entes sociais aos quais ele sempre foi submetido.

Sob este cenário, Sidney Guerra evidencia que:

A Revolução Francesa e a Independência Americana, através de declarações formais de direito, consagram a experiência inglesa da Magna Carta de 1215. A partir daí, evidencia-se que, das declarações formais de direitos, passou-se a sua incorporação nos textos constitucionais, inicialmente como preâmbulo e, às vezes, como capítulo autônomo. As declarações de direitos têm força na medida em que os textos constitucionais erigem seus ditames como princípios informadores e de validade de toda a ordem jurídica nacional, e valem na medida em que essa mesma ordem jurídica está preparada para torná-las efetivas.²

De toda a sorte, a influência da Revolução Francesa, bem como da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi tamanha que ensejou, em escala mundial, a consagração de uma Carta de Direitos em diversas nações, o que, no mais tardar, desencadeou o processo de internacionalização dos direitos fundamentais, ou seja, culminou na criação de uma sistemática normativa internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Sob uma perspectiva histórica do Brasil, ainda que a República já havia sido consagrada como forma de governo do país desde a Constituição de 1891, após a fase imperial, a instauração efetiva de um regime democrático nunca ocorrera no plano fenomênico face às instabilidades políticas e as desigualdades sociais sempre

¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

² GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo : Saraiva, 2013, p. 53.

presentes no Estado brasileiro.

Destarte, com a vigência do regime de exceção comandado pelo governo militar a partir de 1964, pelo qual inúmeros direitos e garantias foram tolhidos ao longo de seus 21 anos, sobretudo após a vigência do AI-5, emergiram no povo brasileiro os anseios e clamores que o levaram à luta contra a repressão da ditadura, tendo como objetivo a consagração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, presente em diversos países, mas que ainda aparentava estar longínquo no Brasil.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.³

Neste cenário, foi promulgada, em 1988, a Constituição Federal atualmente vigente, sendo um importante documento para o constitucionalismo em escala mundial, uma vez que preconiza a tutela das liberdades e garantias de uma sociedade soberana, solidária e democrática.

O texto constitucional brasileiro já declara em seu 1º artigo que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, de modo que o ordenamento jurídico deva apresentar um estrutura normativa de leis infraconstitucionais, fundada em parâmetro sólidos de uma justiça racional, social e que ampare tanto o indivíduo como a coletividade contra quaisquer arbitrariedades advindas de um poder estatal que corrobora uma política verticalmente autoritária.

A respeito, pondera Ingo Wolfgang Sarlet:

Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição, São Paulo. Malheiros, 2013, pp. 121 e 122.

e consagrado no texto constitucional.⁴

Adentrando-se em um panorama jurídico, o Estado Democrático de Direito pode ser conceituado como um sistema institucional que apresenta uma estrutura estatal em que o poder público é definido, limitado e controlado em favor dos cidadãos aos quais a ele são submetidos e que tem como finalidade garantir a eficácia da soberania popular, ou seja, é calcado no atendimento do interesse comum da sociedade, tendo em vista que toda a ordem jurídica é criada pelo povo e para o benefício do povo.

Sobre o Estado de Direito, Luiz Regis Prado conceitua:

O Estado de Direito é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.⁵

A partir deste conceito, para que os ideais de um Estado Democrático de Direito sejam efetivados no plano social, é necessário que haja uma ordem constitucional democrática e popular, voltada para uma estruturação disciplinada dos poderes institucionais, à medida que promova uma organização racional da sociedade e do governo, impedindo que os poderes políticos fiquem concentrados nas mãos de alguns; bem como que preconize a sistematização um ordenamento normativo que assegure os direitos fundamentais dos indivíduos, inaugurando o que pode-se chamar de Estado Constitucional de Direitos.

Ante a essas considerações introdutórias, a Constituição Federal de 1988 delimitou um extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos para corroborar os postulados advindos do modelo constitucional que já é declarado em seu art. 1º.

Dentre os inúmeros preceitos democráticos, bem como os direitos e garantias individuais e coletivos presentes no texto constitucional, destaca-se, em âmbito penal, a garantia jurisdicional expressa no art. 5º, LVII, onde se presume a não culpabilidade de todo indivíduo acusado criminalmente até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando da decisão judicial não caiba mais recursos (art. 6º, §3 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**. 7ª edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2018, p. 267.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição / Luiz Regis Prado**. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 60.

A presunção de não culpabilidade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem escopo na consagração constitucional do princípio da presunção de inocência.

A este respeito, Ferrajoli nos ensina que:

Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade de inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado. “Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos”, escreveu Lauzé di Peret, “pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos”. É sobre essa opção que Montesquieu fundou o nexa entre liberdade e segurança dos cidadãos: “a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança”, e “essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas”; de modo que, “quando a inocência dos cidadãos é garantida, tampouco o é a liberdade”. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrarias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo.⁶

Ademais, Draiton Gonzaga de Souza e Luis Rosenfield complementam:

O princípio da presunção de inocência, nos moldes com que é conhecido e tratado hoje pela comunidade jurídica, como garantia individual frente ao arbítrio do Estado, figura como típico direito fundamental de primeira dimensão, que surge a partir dos postulados do pensamento liberal do século XVIII.⁷

Portanto, referido direito-garantia é reflexo de uma evolução jurídica advinda dos anseios emancipatórios da sociedade, e tem como objetivo tutelar o direito de liberdade do indivíduo processado criminalmente contra eventuais arbitrariedades do Estado, que eram recorrentes durante os regimes autoritários vividos pela sociedade brasileira.

Desta forma, pressupõe-se a ocorrência de um devido processo legal para que se declare, sem dúvidas, a culpabilidade do agente quanto à autoria e materialidade delitiva devidamente constatadas no trâmite processual, vedando-se a execução provisória da pena e visando, deste modo, um *jus puniendi* estatal efetivo e proporcional.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal / Luigi Ferrajoli**. 3ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 441.

⁷ ROSEFIELD, Luis; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Direitos políticos e princípio de presunção de inocência: a Lei da Ficha Limpa frente à Constituição**. 2014, p. 04.

2.1 Da Teoria Geral Do Garantismo como Modelo Jurídico-Penal Adotado Pela Constituição Federal De 1988

Quando se fala em constitucionalização do Direito em matéria penal, é indispensável que se pense em um ordenamento de normas infraconstitucionais que, em harmonia com o texto constitucional, garanta ao indivíduo os mecanismos de defesa necessários para contrapesar o poder punitivo estatal que coloca em risco seu direito à liberdade, ou seja, que tenha como verdadeiro fim efetivar um arcabouço de proteções que ensejam uma relação jurídica entre Estado e indivíduo mais equânime.

No entanto, a grande óbice da efetivação do idealizado Estado de Direitos decorre da ausência de uma cultura constitucional pelos mecanismos formais de controle social face à inobservância da norma positivada nas relações jurídicas existentes no plano fenomênico, o que, para alguns doutrinadores, tal ausência denomina-se “constitucionalismo tardio”.

A esse respeito, o constitucionalista Manoel Jorge e Silva Neto conceitua:

Constitucionalismo tardio é o fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, da ausência de cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais.⁸

Ainda, baseando-se nos ensinamentos de Lênio Streck, complementa Vanessa Pimentel:

(...) não há que se falar em constitucionalização do direito através da disseminação dos valores constitucionais nas normas infraconstitucionais, dentre elas inclua-se o Direito penal, em um contexto de deficiência de uma cultura constitucional no Brasil. E, à luz dos ensinamentos de Lenio Luiz Streck (2013, p. 14), essa constitucionalização do ordenamento é feita com base em jargões vazios de conteúdo reproduzindo o prefixo “neo” acreditando-se “ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”. Percebe-se, então, que a questão está além da jurisdição, pois perpassa, na verdade, pela necessidade de uma cultura constitucional.⁹

Porquanto, é imprescindível que haja um modelo constitucional que supere a antítese existente entre a norma positivada e sua aplicabilidade no plano fenomênico, efetivando a constitucionalização do Direito, não apenas no plano

⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio / Manoel Jorge e Silva Neto**. 2016, p. 2019.

⁹ PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. **Constitucionalismo e garantismo: sistema jurídico-penal antigarantista e o constitucionalismo brasileiro tardio**. 2017, s.p.

normativo, mas também pelos mecanismos formais de controle e regulação social.

Visando superar essa dicotomia, o jurista italiano Luigi Ferrajoli publicou, em 1989, a obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*¹⁰, onde formulou a intitulada Teoria Geral do Garantismo.

Acerca do pressuposto teórico que levou a criação do Garantismo Penal, Marlize Daltro afirma:

(...) parte de um postulado teórico bem definido, qual seja, de que os ordenamentos jurídicos modernos de todos os Estados democráticos da atualidade estão fundados em parâmetros sólidos de justiça, racionalidade e legitimidade. E que tais parâmetros, embora consolidados por uma estrutura normativa constitucional, são negligenciados em todos os níveis do poder estatal, revelando um Estado moderno em crise de governabilidade, em meio ao paradoxo instalado em seu ordenamento jurídico que abarca um "modelo normativo" garantista por excelência, mas que em sua "prática operativa" revela-se essencialmente antigarantista.¹¹

Destarte, a teoria de Ferrajoli é fundada em três acepções de garantismo, quais sejam o garantismo (1) como modelo normativo; (2) como teoria do Direito; e (3) como filosofia política.

O garantismo como modelo normativo, acepção mais importante para o tema objeto de estudo da presente pesquisa, abrange sua aplicação sobretudo na esfera penal, tendo em vista que corrobora a efetivação material de um Estado de Direito.

Acerca desta acepção, Ferrajoli define:

Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.¹²

A partir destas explanações, extrai-se o entendimento de que o verdadeiro fim do garantismo como modelo normativo de direito é impor limites ao poder punitivo

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal / Luigi Ferrajoli**: 3ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹ ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. **Teoria geral do garantismo: considerações preliminares**. Revista Jus Navigandi, 2006, s.p.

¹² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 684.

estatal, à medida que seja maximizada a tutela das liberdades individuais já garantidas aos cidadãos pelo respectivo texto constitucional.

Para tanto, tendo em vista que o modelo normativo visa limitar a atuação do Estado frente ao indivíduo, tornou-se possível identificar sistemas que apresentem diferentes graus de garantismo frente à observação ou não das normas constitucionais, de modo que um sistema pode haver um elevado ou baixo grau de garantismo.

Exemplificando, se um país possui uma carta constitucional de direitos que prevê a um acusado criminalmente inúmeros princípios que o possibilitem exercer uma ampla defesa em relação à acusação estatal, bem como assegurem os meios necessários para tutelar seu direito fundamental de liberdade enquanto não for reconhecida sua culpabilidade, porém o sistema processual penal, quer seja no âmbito das normas infraconstitucionais, quer seja na aplicação material da norma pelas instituições formais de direito, não observa adequadamente as previsões constitucionais, pode-se dizer que o sistema processual penal do respectivo país apresenta um baixo grau de garantismo.

Ainda no mesmo exemplo, porém, se o sistema processual penal atende adequadamente ao modelo normativo constitucional, pode-se dizer que ele apresenta um elevado grau de garantismo.

Ademais, Ferrajoli em sua teoria ponderou que o Estado de Direito é composto pelo que se chama de governo *per leges* e também de governo *sub leges*. Na esfera penal o governo *sub leges* consiste no poder de descobrir e castigar os delitos, ao passo que o poder legislativo, incumbido de definir os delitos, emana o governo *per leges*.

Ainda, atribuiu ao governo *sub leges* dois sentidos, quais sejam o sentido débil / lato / formal, pelo qual o poder deve ser conferido pela lei e exercido de acordo com os procedimentos por ela estabelecidos; e o sentido forte / estrito ou substancial, pelo qual a lei possui o papel de limitar o poder, condicionando sua forma e conteúdo. Pelo primeiro sentido, a definição de Estado de Direito abrange inclusive os governos autoritários, tendo em vista que a legislação formal confere e legitima o exercício do poder.

Por outro lado, o segundo sentido considera os Estados de Direito os Estados Constitucionais, particularmente sendo os de constituição rígida, haja vista que o modelo constitucional impõe limites ao exercício do poder estatal para com os cidadãos a ele submetidos.

Nas palavras de Adriano de Bortoli:

Ferrajoli usa o segundo modelo como sendo o que caracteriza o “Estado de Direito Garantista”, designando não somente um “Estado legal” ou “regulado pela lei”, mas um modelo nascido das modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público - legislativo, judicial e administrativo - está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se acha submetida a controle de legitimidade por parte de juízes autônomos do mesmo e independentes; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes do Estado a serviço da garantia dos Direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer dizer, das proibições de lesar os Direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos Direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativar a tutela judicial.¹³

No âmbito do sistema penal brasileiro, revela-se uma antinomia entre a *mens legis* do constituinte e a inexistência de uma verdadeira cultura constitucional haja vista que, em que pese a existência de toda uma sistemática penal marcada por princípios constitucionais que militam em favor de um modelo garantista, a realidade é a de práticas legislativas, administrativas e jurisdicionais que evidenciam um baixo grau de garantismo em razão da deficiência de um sentimento constitucional pleno.

Nas palavras de Ferrajoli, “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas - ou seja, de garantias - que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”.¹⁴

Ante as considerações expostas, levando-se em conta de que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, para que o ordenamento jurídico atinja um grau ideal de garantismo e supere o fenômeno do constitucionalismo tardio, é imprescindível que as normas infraconstitucionais, bem como os mecanismos formais de controle e regulação social observem devidamente todos os princípios e garantias disciplinados em nossa carta de direitos, qual seja o rol constitucional Dos Direitos e Garantias Fundamentais, garantindo, assim, a emancipação cidadã frente a uma atuação estatal desproporcional e incompatível com os ideários de um verdadeiro Estado Constitucional de Direitos.

¹³ BORTOLI, Adriano de. **GARANTISMO JURÍDICO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, p. 5992.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal / Luigi Ferrajoli**: 3ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

2.2 Do Cenário Político-Social Atual e a Criação da “Lei Anticrime” como Instrumento de Combate à Criminalidade

Passados 30 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, em que pese a existência de um núcleo normativo que tutela os valores de uma sociedade livre e republicana, o país ainda se encontra em um lento processo de estruturação de seus valores democráticos frente ao já mencionado fenômeno do constitucionalismo tardio, o que reflete em uma fragilidade de diversos setores de sua organização político-social, sendo um fenômeno sintomático em diversas esferas, tais como as instituições essenciais à justiça, organizações políticas, meios de comunicação, sistema educacional e, inclusive, irradiando o sistema penal brasileiro.

Destarte, um dos grandes temas que geram controvérsia e, muitas vezes, fomenta a polarização de opiniões é o alto índice de criminalidade em que o país se encontra e o tratamento penal frente a este fenômeno enraizado e que é externalizado em todas as camadas sociais, desde as classes marginalizadas e periféricas até os detentores de maior prestígio social e econômico, onde abrange os mais diversos tipos penais presentes no ordenamento jurídico, desde contravenções e crimes de baixo potencial lesivo, até crimes que geram impacto em toda a estrutura social e econômica brasileira, como os crimes de corrupção, lavagem de dinheiro, organização criminosa e o tráfico.

A partir deste contexto, tendo também como uma das fontes de controvérsias o escopo midiático, emergiu um forte anseio popular visando um tratamento penal mais severo, sob caracteres punitivistas, com o verdadeiro fim de reduzir o índice de criminalidade do país, que, inclusive, foi expressado no cenário político em que foram decididas as eleições presidenciais de 2018.

Deste modo, em janeiro de 2019 foi apresentado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Fernando Moro, o denominado “Pacote Anticrime” (PL 882/2019) que, em consonância com os anseios de grande parte da população, possuía o condão de sistematizar medidas efetivas no combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes com grave violência contra a pessoa.

Mediante grandes debates e controvérsias durante sua tramitação no Congresso Nacional e, após 22 vetos, o projeto foi sancionado em 24 de dezembro pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, surgindo-se a Lei 13.964/19, pela qual possui 20 artigos que fizeram alterações significativas no Código Penal e no

Código de Processo Penal, e em diplomas extravagantes como a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Lei de Interceptações Telefônicas (Lei 9.296/96), dentre outros diplomas normativos.

Ocorre que, por meio de decisões cautelares proferidas em sede das ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo ministro do STF Luiz Fux, alguns dispositivos advindos com a Lei 13.964/19 tiveram sua aplicabilidade suspensa, a exemplo a instituição do juiz das garantias (arts. 3-A a 3-F do CPP) e a ilegalidade da prisão em flagrante em que não houver sido realizada audiência de custódia sem motivação idônea (art. 310, § 4º do CPP), uma vez que, segundo o Ministro, tais reformas ferem a autonomia organizacional do Poder Judiciário, exigindo-se uma completa reorganização da Justiça Criminal do país.

Assim, sob caracteres de instabilidade, a “Lei Anticrime” entrou em vigência em 23 de janeiro de 2020, ficando evidente o reflexo dos debates republicanos ao longo de seu trâmite, haja vista que as significativas alterações trazidas no Direito Penal e Processual Penal acentuam normas que respaldam os anseios populares em prol de um tratamento penal mais rigoroso, mas também elencam dispositivos de caráter garantista, de modo que a própria lei foi aprovada com preceitos contraditórios.

Acerca da referida contraditoriedade, Salo de Carvalho explica:

A Lei 13.964/19 foi produto da fusão do PL 882/19 ao PL 10.372/18. A hibridização de dois projetos ideologicamente distintos produziu um resultado paradoxal: uma base material inquisitória associada a um estatuto processual garantista. A Lei Anticrime (Lei 13.964/19) configura, portanto, um estatuto ambíguo do ponto de vista temático (objeto), contraditório em relação à sua fundamentação ideológica e dúbio em relação à sua estrutura lógica (dogmática). Trata-se de uma lei complexa, de natureza múltipla, que modifica vários institutos.

Apesar desta complexidade e ambiguidade, a estrutura lógica (dogmática) e ideológica (político-criminal) que orienta o sistema de penas na nova Lei é aquela apresentada originariamente no “Projeto de Lei Anticrime” (PL 882/19), em que pese não terem sido aprovadas todas as reformas pretendidas.¹⁵

Exemplificando, foi dada nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal em que autoriza a prisão de alguém tão somente nas hipóteses de flagrante delito, mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada

¹⁵ CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. Editora Saraiva, 2020, p. 163.

em julgado, ao passo que a mesma lei auferiu a possibilidade de execução provisória da pena igual ou superior a 15 (quinze) anos proferida em sede do Tribunal do Júri.

3 DIPLOMAS INTERNACIONAIS ACERCA DA VEDAÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Como já demonstrado, a vedação da execução provisória da sentença condenatória criminal possui como principal alicerce constitucional o Princípio da Presunção de Inocência.

Destaca-se que, referido princípio não está declarado expressamente no texto constitucional, haja vista que o art. 5º, LVII, que obsta a execução antecipada da pena, diz respeito ao que se chama de presunção de não culpabilidade.

Inobstante, a presunção de inocência encontra amparo em diversos Tratados Internacionais pelos quais o Brasil é signatário. Para tanto, é majoritário o entendimento de que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e que não foram introduzidos ao ordenamento jurídico interno através do quórum legislativo de emenda constitucional, na forma do art. 5º, § 3º da CF, possuem *status* normativo supralegal, tendo sua aplicabilidade hierárquica superior às normas infraconstitucionais e inferior às normas constitucionais.

Acerca do tema, em julgamento histórico do HC 87.585, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, o Supremo firmou o entendimento de que a prisão por dívida no Brasil está restrita à única hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável de prestação de alimentos, com fundamento no art. 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo vedada a prisão do depositário infiel, ainda que esteja amparada pelo art. 5º, LXVII da CF.

Neste sentido, o Supremo conferiu aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 um regime especial, diverso dos tradicionais, ao atribuir o caráter supralegal para fins de proteção dos direitos humanos, estando acima das leis federais e abaixo das normas constitucionais, mas podendo prevalecer sobre estas quando forem mais benéficas aos direitos humanos.

No entanto, há de se destacar que a posição dos tratados de direitos humanos fora do regime jurídico do art. 5º, § 3º da CF não está pacificada. O entendimento vencido no julgamento do HC 87.585 ainda possui bastante força doutrinária e pondera no sentido de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 são material e formalmente constitucionais por força do art. 5º, § 2º da CF, enquanto os posteriores são apenas materialmente constitucionais, salvo se aprovados em 2 turnos, em cada casa legislativa pelo quórum de 3/5, de modo a adquirirem também o status formal de emenda à constituição.

Assim sendo, a corrente doutrinária vencida entende que, por incidência do §2º, todos os tratados internacionais de direitos humanos são integrados ao que se chama de bloco de constitucionalidade.

Destarte, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) pontua, em seu art. 11.1 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*”.

Da mesma sorte, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) dispõe, em seu art. 14.2 que “*Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa*”.

Por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) disciplina, em seu art. 8.2 que “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”.

Interpretando-se os dispositivos supracitados, nota-se que todos eles possuem redação similar ao ponderarem que todo acusado de um delito (esfera penal) terá presumida sua inocência enquanto sua culpa não estiver legalmente declarada.

Sob esta perspectiva, Renato Brasileiro de Lima define como “o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.¹⁶

Constata-se que a matéria de tais dispositivos internacionais possui normatividade “em branco”, ou seja, para que haja aplicabilidade, é necessário que outra norma defina o momento processual em que se declare a culpabilidade do acusado criminalmente, ficando a cargo do país signatário defini-lo em sua legislação interna.

Deste modo, para que o princípio de presunção de inocência seja compreendido no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário uma exegese sistemática entre a Constituição Federal e os diplomas internacionais que versam sobre o referido princípio.

Neste ponto, o art. 5º, LVII da CF afirma, sob literalidade clara, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal*

¹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª edição. Salvador : Juspodivm, 2019, p. 45.

condenatória".

Assim sendo, sob uma análise congruente entre os dispositivos supracitados, extrai-se o entendimento de que toda pessoa acusada de delito terá presumida a sua inocência até que transite em julgado a sentença penal condenatória, de modo que possua a garantia constitucional de responder o processo em liberdade, salvo as hipóteses expressas em lei que permitem as prisões de natureza cautelar.

4 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA

Contextualizando o tema, em que pese a previsão constitucional supramencionada, o Supremo Tribunal Federal possui diversos precedentes envolvendo a presunção de inocência e a possibilidade ou não de execução provisória da pena, seja no âmbito das condenações em segundo grau de jurisdição, bem como das condenações em sede do Tribunal do Júri, ainda em primeiro grau de jurisdição.

Para tanto, em recente julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54, Rel. Min. Marco Aurélio, a suprema corte reconheceu a aplicabilidade do art. 283 do Código de Processo Penal em sua instância máxima, estando em congruência com a garantia constitucional da presunção de inocência.

Pela nova redação do artigo, alterado pela Lei 13.964/19, “*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*”, vedando-se, deste modo, a antecipação do cumprimento de sentença da pena não transitada em julgado.

Este é o posicionamento atualmente vigente. No entanto, há de se demonstrar que não é esse o que preponderou durante o maior lapso temporal desde o início da vigência do Código de Processo Penal atual, estando tal entendimento passível, portanto, de novas alterações frente à instabilidade jurídica presente na jurisprudência. Inclusive, destaca-se que, ao final do julgamento das ADCs 43, 44 e 54 o então presidente do Supremo, Min. Dias Toffoli, alertou que tal posicionamento não deveria abranger as decisões tomadas pelo Conselho de Sentença no procedimento do Tribunal do Júri, alinhando-se com a decisão tomada no ano de 2017, no julgamento do HC 118.770/SP.

Destarte, neste julgamento, tendo como Relator do acórdão o Min. Luís Roberto Barroso, a 1ª Turma do Supremo entendeu que a execução antecipada da pena para os crimes dolosos contra a vida não viola a presunção de inocência.

Nas palavras do Min. Barroso:

(...) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser

ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas.¹⁷

Ou seja, pela dicção do Ministro, entende-se que a presunção de inocência é como um espectro em sentido dinâmico, tendo sua intensidade variada no decorrer do trâmite processual quando entra em conflito com outros bens-jurídicos de valores constitucionais, sendo sua óbice, no caso em questão, o princípio da Soberania dos Veredictos, que possui previsão legal no Art. 5º, XXXVIII, “c” da CF e que tem como finalidade impossibilitar a revisão da decisão por juízes togados, garantindo-se a independência dos jurados, haja vista que o Conselho de Sentença é um órgão colegiado que possui soberania na decisão do mérito ao julgar os crimes dolosos contra a vida.

Tal posicionamento encontra-se em consonância com o que havia sido declarado tempos antes, no julgamento do HC. 126.292, Relator Min. Teori Zavascki, pelo qual o Supremo entendeu constitucional a possibilidade da execução provisória da pena cominada por acórdão condenatório em sede de Apelação, em outras palavras, após a condenação em segunda instância.

Neste julgamento, a presunção de inocência foi relativizada pelo Plenário sob o condão de equilibrá-la com a efetividade da função jurisdicional penal, levando-se em conta de que, após nova condenação em instância superior, não há mais dubiedades no que diz respeito à materialidade do fato, bem como à autoria do crime, uma vez que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição restou devidamente observado, ponderando-se a presunção de inocência ao relativizá-la e, até mesmo, inverter seu valor normativo para uma chamada presunção de culpabilidade, tendo em vista que eventuais recursos interpostos aos tribunais de sobreposição são insuscetíveis de reexame de fatos e provas, não havendo de se falar, portanto, em efeito suspensivo das decisões amparadas pelo esgotamento das análises fática e probatória.

Assim sendo, asseverou o Min. Teori Zavascki:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de

¹⁷ STF, 1ª Turma, HC 118.770/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 07/03/2017.

ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.¹⁸

Ainda, o Min. Teori Zavascki fez uma análise de Direito Comparado com diversos países ao citar as legislações da Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, França, Alemanha, Canadá, Portugal e Argentina, para utilizar-se dos argumentos defendidos pela Min. Ellen Gracie no julgamento do HC. 85.886/RJ, onde pontuou que *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*.

A partir deste precedente, o Supremo voltou a permitir a possibilidade de execução provisória da pena entendendo que a mesma não encontra óbice no Princípio da Presunção de Inocência, o que não ocorria desde 2009, ano em que ocorreu o julgamento do HC. 84.078, Rel. Min. Eros Grau, gerando precedente contrário à execução antecipada da pena por um breve, mas considerável período de tempo.

Nesta ocasião, em que o paciente fora condenado por duas vezes em sede de Tribunal do Júri, o STF havia revisado o entendimento antes firmado de que a presunção de inocência podia ser temperada quando havia condenação em segundo grau de jurisdição. Entretanto, nos autos do referido HC 84.078, o Plenário do Supremo alterou sua orientação ao definir que a prisão anterior ao trânsito em julgado só é possível quando decretada a título cautelar, de modo que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto constitucional que, por sua vez, confere indispensáveis garantias à pessoa do acusado, inerentes a todo regime democrático.

Faz-se necessário ponderar que a relativização da Presunção de Inocência de forma reiterada pelo Supremo Tribunal Federal é calcada em uma tentativa de aprimorar a eficiência da função jurisdicional penal, tendo em vista o déficit no sistema recursal brasileiro que alimenta um sentimento de impunidade da sociedade em face

¹⁸ STF, Tribunal Pleno, HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016.

do Poder Judiciário, ao conferir azo a uma cultura de interposição de recursos protelatórios beneficiando acusados com a dilação do início do cumprimento de pena ou até mesmo, em certos casos, com a prescrição da pretensão punitiva estatal frente à morosidade existente nos tribunais superiores para o julgamento de tais recursos.

Este posicionamento foi novamente demonstrado no ano de 2018 com o julgamento do HC 152.752, Rel. Min. Edson Fachin, em que figurou como paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

No plenário de julgamento, destacou-se novamente o voto do Min. Luís Roberto Barroso, onde mencionou que a antecipação do cumprimento de pena foi entendida como possível desde 1941, salvo o curto período que perdurou entre 2009 e 2016. Ponderou também sobre três grandes impactos “devastadoramente negativos” que o reconhecimento da inconstitucionalidade da execução antecipada trouxe à sociedade, sendo eles a seletividade penal que é alimentada no sistema penal brasileiro; os excessos no exercício de defesa pela advocacia criminal, através da possibilidade de interposição de recursos protelatórios, destacando-se que tais custas processuais só beneficiam detentores de maiores prestígios econômicos; também ressaltou um descrédito da população frente ao sistema penal brasileiro que é calcado na demora para se punir, principalmente em um cenário onde há alto índice de criminalidade, sobretudo nos casos de corrupção e lavagem de dinheiro.

Ademais, salientou novamente a posição já mencionada em julgamentos anteriores de que a presunção de inocência é princípio e não uma regra de caráter absoluto, não devendo ser aplicada em sua totalidade para que seja ponderada com outros bens jurídicos e valores constitucionalmente garantidos.

Na mesma ocasião, o Min. Luiz Fux afirmou que o dispositivo constitucional que trata da presunção de inocência se trata de uma regra que se refere ao ônus probatório da instrução criminal, não estando propriamente relacionado à prisão.

Nas palavras do Ministro:

(...) antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal.¹⁹

¹⁹ STF, Tribunal Pleno. HC 152.752/PR. Rel. Min. Edson Fachin, j. 04/04/2018

Concluiu, por fim, que a presunção de inocência não obsta a execução provisória da pena quando harmonizada com demais disciplinas constitucionais, desde que seja a decisão devidamente fundamentada e com amplo esmiuçamento do contraditório e da ampla defesa.

5 DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA EM SUA INSTÂNCIA MÁXIMA

Como já demonstrado anteriormente, a previsão constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais e, portanto, sob o *status* normativo de cláusula pétreia, consiste em um marco civilizatório consolidado, nascido como um reflexo histórico que se contrapõe a uma política de tratamento penal autoritário pela qual o poder estatal não possuía limites ao julgar um acusado de delito, sendo este reduzido a uma condição de objeto do processo e da própria instrução probatória.

Em outras palavras a presunção de inocência nasceu com o verdadeiro fim de coibir arbitrariedades pelo poder punitivo do estado face ao indivíduo que se encontra em uma posição de vulnerabilidade, tendo em vista que seu estado de inocência ou culpabilidade, sem tal garantia, não passa por um crivo imparcial e equidistante da entidade julgadora.

A respeito, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró explicam que:

A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político ! O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um 'presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale'. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.²⁰

A partir de tais ponderações, para que seja compreendida a aplicabilidade processual do Princípio da Presunção de Inocência, deve-se analisar sua natureza jurídica. Deste modo, há de se constatar que a presunção de inocência possui tríplice dimensão, quais sejam: norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento.

No âmbito da norma de tratamento, tal dimensão tem como premissa que o réu seja tratado processualmente como um inocente até que transite em julgado eventual sentença condenatória; no âmbito da norma probatória, referida dimensão é

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição, São José dos Campos. Saraiva, 2020, pp. 104 e 105.

revestida do escopo de ser uma garantia política do cidadão no sistema acusatório, pela qual garante um estado de inocência que tão somente poderá ser afastado diante de uma prova plena do ilícito, nos moldes de um devido processo legal; e por fim, no âmbito da norma de julgamento, esta dimensão se confunde com o princípio do *in dubio pro reo*, pelo qual inibe-se eventual condenação sem que haja uma culpabilidade categoricamente comprovada.

Ademais, há posicionamentos doutrinários que defendem que a presunção de inocência impõe uma norma de tratamento ao acusado tanto intrínseca quanto extrínseca ao processo. Na esfera intrínseca, a dimensão de tratamento impõe à acusação o ônus de provar a existência e a ilicitude do fato alegado, incumbindo o encargo de desconstituir a presunção de inocência; ao passo que, no plano extrínseco ao processo, a presunção de inocência deve ser aplicada com o intuito de combater uma publicidade abusiva que gera uma estigmatização precoce do réu.

Segundo, Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver o fim do processo criminal.²¹

Sob esta ótica, extrai-se o entendimento de que a presunção de inocência transcende a concepção de mero guia de pensamento (*ratio legis*), ou seja, de um estado ideal a nortear os valores de um ordenamento jurídico em razão de não possuir uma situação fática determinada. Verdade é que, a partir do momento em que o legislador optou por inserir expressamente a amplitude da não culpabilidade no Art. 5º, LVII da CF, ao estar em em congruência com os diplomas internacionais signatários, a presunção de inocência adquiriu foros de regra (*lex*) por direcionar à função jurisdicional o modo em que se deve conduzir o trâmite processual, em favor de um devido processo legal calcado na observância das três dimensões da presunção de inocência supracitadas.

Nada obstante, denota-se que em favor do próprio devido processo legal, a presunção de inocência, como norma de tratamento, não possui caráter absoluto, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico abre margem para sua relativização em hipóteses específicas e excepcionalíssimas, quais sejam as modalidades de

²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª edição. Salvador : Juspodivm, 2019, p. 47.

prisões provisórias de natureza cautelar, sendo estas a Prisão Preventiva e a Prisão Temporária, e a prisão de natureza pré-cautelar, qual seja a Prisão em Flagrante.

Para tanto, o que permite a relativização do estado de inocência, é a garantia da efetividade do processo através das medidas cautelares pessoais que possuem também amparo constitucional no Art. 5º, LXI e não devem ser tratadas como regra no procedimento criminal, aplicando-se tão somente quando presentes os pressupostos e as circunstâncias autorizadoras atinentes ao caso concreto, permitindo-se, deste modo, a coexistência entre ambos os dispositivos constitucionais, o que não ocorre no caso da simples execução da pena em caráter provisório, haja vista que seu fundamento de aplicação é baseado tão somente na antecipação do cumprimento de sentença condenatória, mas não é revestido de natureza cautelar, o que seria o alicerce para a garantia do devido processo legal, caso houvesse necessidade de sua aplicação.

Conclui-se que a presunção de inocência tem sua aplicabilidade em caráter quase absoluto, em razão de estar posicionada constitucionalmente no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, que é amparado pelo art. 60, §4º de forma que não pode ser modificado salvo se para ampliar direito, ou seja, para ampliar sua aplicabilidade em favor do indivíduo (cláusula pétrea), sendo que a única hipótese em que é permitida sua relativização possui amparo legal em uma norma expressa e de valor simétrico, haja vista que também está constitucionalmente prevista no rol de Direitos e Garantias Fundamentais e tem o condão de assegurar um efetivo trâmite processual.

5.1 Críticas à Relativização da Presunção de Inocência pela Jurisprudência

Via de regra, os recursos interpostos aos tribunais de sobreposição não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP c/c arts. 995 e 1.029, §5º do CPC), sendo tal entendimento que levou o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 267, pontuando que *“a interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”*.

Em vista disso, bem como dos demais argumentos demonstrados no tópico 4, prevaleceu na jurisprudência o entendimento de que é possível a execução provisória da pena recorrível, ainda que não houvesse fundamentadas na sentença ou acórdão condenatório as hipóteses ensejadoras das medidas cautelares pessoais.

Para tanto, analisar-se-á os equívocos cometidos pela jurisprudência que a

levaram a permitir a execução provisória da pena em detrimento de uma devida aplicação da presunção de inocência.

O primeiro ponto a ser discutido se dá na ponderação da presunção de inocência em razão de seu caráter principiológico, o que, de acordo com o posicionamento exarado pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 118.770, estabeleceu-se que tal princípio poderia ser aplicado com maior ou menor intensidade.

Em que pese tal entendimento, denota-se que, ante à posição de princípio normativo, a presunção de inocência pertence à categoria intitulada “direito pressuposto”, uma vez que possui caráter valorativo e informador do direito que está presente, ou seja, das normas positivadas de maneira taxativa.

Sob este raciocínio, Sidney Guerra aduz que:

É fundamental destacar que os princípios, apesar de sua singularidade, não se posicionam hierarquicamente em pilar superior (ultra) ou fora (extra) da concepção de direito adotada pelo Estado e, em conjunto somatório com regras, formam os núcleos das normas jurídicas. Em consequência, integram o ordenamento jurídico positivo, conferindo-lhe unidade de sentido teleológico e auferindo sua verdadeira valoração lógico-formal. Isso ocorre sem que haja contraposição do formalismo (processos iguais de concepção e aprovação) entre regras e princípios, o que, decerto, resultaria em desfiguração da estrutura básica do sistema.

Evidencia-se que infringir um princípio constitucional pode ser considerado mais grave que infringir uma regra constitucional, uma vez que aquele constitui os pilares do ordenamento jurídico, mesmo sabendo que os elementos de estabilização constitucional rechaçarão, de plano e com o mesmo vigor, quaisquer das infringências indevidas.²²

A partir desta leitura, há de se entender que as leis ordinárias se subordinam aos princípios constitucionais, como condição *sine qua non* de validade, tendo em vista que, sendo eles essencialmente dogmáticos, constituem a ordem social, política, econômica e jurídica do Estado.

Acerca do modo de aplicação dos princípios, Humberto Ávila pontua:

(...) os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Mas ainda, essa investigação permite verificar que os princípios, embora indeterminados, não são absolutamente. Pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há

²² GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo : Saraiva, 2013, pp 210 e 211.

quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido.²³

Portanto, reconhecer a presunção de inocência sob um espectro dinâmico que não possui previsão legal, viola flagrantemente o fim a que ela se destina, tendo em vista que sua amplitude está fixada no texto constitucional e que possibilita seu afastamento tão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ressalta-se ainda os argumentos já satisfeitos anteriormente de que a presunção de inocência adquire também foros de direito posto, deixando de se manifestar apenas sob natureza principiológica de modo a tornar-se regra a partir do momento em que foi prevista em pactos internacionais os quais o Brasil é signatário, sistematicamente congruentes com o art. 5º, LVII.

A respeito da análise de Direito Comparado realizada no julgamento do HC 126.292, trata-se de uma comparação inadequada, haja vista que o Poder Judiciário dos países estrangeiros possui estruturação diversa, com sistemas processuais estranhos ao sistema brasileiro, ainda que versem sobre institutos semelhantes, havendo de ressaltar, também, toda a problemática existente no sistema carcerário do Brasil, o que não há em relação ao dos demais países.

A suprema corte da maioria dos países estrangeiros exerce função e possui sistemática de aplicação de Direito diferente em relação ao Supremo Tribunal Federal. Em muitos países, a via recursal não permite que o processo ultrapasse o segundo grau de jurisdição, sendo a regra que os tribunais superiores estrangeiros apreciem tão somente ações de impugnações com caráter revisional e rescisório.

Diferentemente, no Brasil os tribunais de sobreposição apreciam se há a devida aplicação do Direito no curso da persecução, sendo no âmbito infraconstitucional o Superior Tribunal de Justiça e no âmbito constitucional o Supremo Tribunal Federal.

É necessário mencionar também que, países como a França e Alemanha, ora mencionados no julgamento do HC 126.292, adotam um julgamento colegiado já em primeira instância, o que difere do julgamento monocrático de primeiro grau no Judiciário brasileiro.

Assim sendo, nota-se que a justificativa de permitir a execução provisória da pena como meio de posicionar o Brasil em similaridade com a legislação de países estrangeiros foi descontextualizada por não mencionar as peculiaridades atinentes ao

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 2005, pp. 72 e 73.

ordenamento jurídico de cada país utilizado como base argumentativa.

No que se refere ao Duplo Grau de Jurisdição e à ausência de efeito suspensivo para os Recursos Especial e Extraordinário, não apenas a Constituição, mas também a própria legislação infraconstitucional impossibilita o efeito ativo da sentença ou acórdão condenatório através do art. 283 do Código de Processo Penal, que declara categoricamente a necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para que se restrinja a liberdade do indivíduo quando não presente uma circunstância autorizadora da imposição de medida cautelar, podendo-se entender, portanto, que houve uma revogação tácita do art. 637 do mesmo diploma normativo e, havendo de se ponderar também que o Código de Processo Civil possui aplicação subsidiária e supletiva à legislação processual penal.

Com relação à problemática existente no sistema recursal, sua solução está calcada na necessidade de se atribuir maior responsabilidade ao processo legislativo, tendo em vista que uma das principais matrizes da controvérsia se dá em razão da criação de leis desorganizadas e desalinhadas com os debates acadêmicos, o que acarreta em um aumento de decisões divergentes pelos tribunais, de ações constitucionais e recursos, corroborando as intermináveis discussões acadêmicas acerca do tema.

Mostra-se necessária, também, uma reforma na legislação processual para que sejam introduzidas limitações à ampla possibilidade de interposição de recursos com intenções meramente protelatórias, diminuindo, assim, a sobrecarga dos tribunais e trazendo maior celeridade ao trâmite processual.

Nada obstante, é imprescindível que haja um melhor aparelhamento do Poder Judiciário, visando reforçar a uniformização jurisprudencial a partir de decisões robustas e idôneas, de forma que não se abra margem para eventual alegação de omissão, contrariedade ou obscuridade acerca da atuação do Judiciário.

Consequentemente, incidirá ao juiz criminal o dever de fiscalizar, com rigor, o regular andamento processual para que se constate eventuais abusos no direito de recorrer exercido por uma defesa criminal que visa impedir o exaurimento da prestação jurisdicional, a título de exemplo, através da reiteração de embargos de declaração sem que estejam presentes seus pressupostos supracitados.

Deste modo, eventual antecipação do cumprimento de sentença teria amparo unicamente na manifesta violação do Princípio da Cooperação Processual pela defesa, haja vista que, nesta hipótese não há relativização da presunção de inocência, pois só não foi ainda afastada em razão da mera protelação do trânsito em

julgado do processo.

Portanto, há de se ponderar que a prevalência deste entendimento pela jurisprudência ao longo dos anos encontrou-se manifestamente em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, possuindo caracteres de um ativismo judicial calcado na tentativa de assegurar maior efetividade da função jurisdicional penal, tendo em vista o mencionado déficit no sistema recursal brasileiro que fomenta um sentimento de descrédito do Poder Judiciário frente à sociedade, como destacado pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Nota-se o equívoco nesta linha de raciocínio feita pelos magistrados do Supremo Tribunal Federal, visto que o juiz criminal, na posição de sujeito processual, possui essencialmente o perfil contramajoritário, sendo defeso respaldar sua atuação em acordo com os interesses das maiorias democráticas.

Isto posto, a função do juiz criminal, como entidade julgadora, é formar sua convicção em uma cognição alicerçada sob persuasão racional, estando em congruência com os ditames legais para que mantenha-se equidistante dos anseios populares, uma vez que este respaldo é estranho à função do Judiciário como um dos três poderes constitucionalmente constituídos, sendo tal característica inerente aos Poderes Legislativo e Executivo.

6 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.964/19 NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Com a chegada da Lei Anticrime ao ordenamento jurídico, o art. 492, I do Código de Processo Penal adquiriu a alínea “e” afirmando que, em caso de condenação, o presidente do Tribunal do Júri:

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.²⁴

Diferentemente da execução provisória após esgotadas as matérias fáticas em segundo grau de jurisdição, trata-se do cumprimento imediato da sentença proferida ainda em primeiro grau, pela qual tem como único parâmetro de aplicação o valor da pena imposta (igual ou superior a quinze anos) após a condenação pelo órgão colegiado denominado Conselho de Sentença.

Antes de adentrar ao plano da análise constitucional, é conveniente que se faça uma exegese sobre a natureza jurídica da norma idealizada pelo legislador da Lei Anticrime, principalmente por levar-se em conta de que conquanto não seja reconhecida a inconstitucionalidade da norma pelas vias legais, ela tem capacidade de produzir efeitos jurídicos em situações concretas.

Como primeiro ponto, o Art. 492, I, “e” declara que, quando condenado em sede de Tribunal do Júri a pena igual ou superior a quinze anos, o juiz presidente expedirá mandado de prisão do acusado para fins de execução provisória.

O ordenamento jurídico prevê duas formas de prisão, quais sejam a prisão penal ou definitiva, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e a prisão processual ou provisória, antes do trânsito em julgado. Para tanto, com a inserção da alínea “e” ao art. 492, I do CPP, a prisão provisória, em tese, teria se subdividido em duas espécies, sendo elas a prisão provisória de natureza cautelar (prisão preventiva e prisão temporária, lembrando também da prisão em flagrante que, para alguns doutrinadores, possui natureza pré-cautelar) e a prisão provisória não cautelar em sede de execução provisória (execução provisória no Tribunal do Júri para condenados com pena igual ou superior a quinze anos).

²⁴ Código de Processo Penal. Art. 492, I, “e”.

Ainda, no que diz respeito à aplicação da lei no tempo, sua (ir)retroatividade é objeto de grande controvérsia. Nada obstante, é necessário pontuar que, apesar de ser uma norma de caráter processual, a partir do momento em que versa sobre a prisão do acusado, instituindo uma condição a ele mais gravosa, referida norma adquire caracteres penais, possuindo natureza jurídica de norma mista, ou seja, que possui caracteres materiais e processuais.

Acerca de tal controvérsia, Rogério Sanches Cunha pondera:

(...) haverá corrente lecionando que o dispositivo em comento se apresenta como norma mista, tratando, a um só tempo, de direito material e adjetivo. Ora, quando a lei tem essa característica, não incide o art. 2º do CPP (*tempus regit actum*), mas os princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo e que proíbem a retroatividade da lei mais severa.²⁵

Destaca-se, portanto que, em um cenário em que a norma pudesse surtir efeitos jurídicos e sociais, teria ela tão somente efeito *ex nunc*, tendo em vista que, por possuir caracteres de direito material, encontraria-se impossibilitada de retroagir e alcançar os condenados em sede do tribunal popular a uma pena igual ou superior a quinze anos que foi prolatada antes da vigência do art. 492, I, “e” do CPP.

6.1 Da Coexistência Constitucional entre a Soberania dos Veredictos e a Presunção de Inocência

Superada a análise acerca da natureza jurídica, o primeiro objeto de discussão constitucional que abarca o tema e faz com que muitos defendam a constitucionalidade da execução provisória em sede do Tribunal do Júri é o princípio constitucional da soberania dos veredictos, positivado no art. 5º, XXXVIII, “c” da CF.

Como já citado anteriormente, a soberania dos veredictos tem como finalidade a vedação do julgamento do mérito dos crimes dolosos contra a vida por um tribunal composto por juízes togados. Este manto de proteção constitucional que reveste as decisões do Júri decorre do pressuposto de que aqueles que são acusados por, dolosamente atentar contra a vida de outrem, devem ser julgados pelos seus pares, ou seja, por cidadãos comuns, em prol da vontade popular formalizada através da decisão do conselho de sentença.

Nada obstante, a soberania dos veredictos não é um princípio de caráter

²⁵ CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador. Juspodivm, 2020, p. 309.

absoluto, e tão menos impossibilita que eventual decisão proferida pelos jurados possa ser objeto de reexame. É certo que a soberania dos veredictos é endereçada diretamente ao juiz presidente, a quem é vedado contrariar decisões dos jurados no tocante ao mérito do julgamento.

A este respeito, Fernando Capez leciona:

Trata-se de princípio relativo, logo não exclui a recorribilidade de suas decisões, limitando-se, contudo, a esfera recursal ao juízo rescindente (*judicium rescindem*), ou seja, à anulação da decisão pelo mérito e a consequente devolução para novo julgamento (art. 593, III, d). Do mesmo modo, em obediência ao princípio maior da verdade e em atenção ao princípio da plenitude da defesa, admite-se alteração do *meritum causae*, em virtude de revisão criminal.²⁶

De logo, pode-se afirmar que é ampla a potencialidade de reforma das decisões proferidas na fase do juízo da causa, tendo em vista que é plenamente possível que seja interposto recurso para reanálise por órgão *ad quem*, sendo que a Constituição veda tão somente a possibilidade de o juiz ou tribunal togado ingressar na análise do mérito da decisão do conselho de sentença, seja para fins de absolvição ou condenação do acusado.

Ademais, o art. 593, III do CPP elenca as hipóteses de cabimento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, podendo, inclusive, ser interposta quando manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”).

Acerca desta hipótese, pondera Renato Brasileiro de Lima:

Não há qualquer incompatibilidade vertical entre o art. 593, III, “d”, do CPP e o art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal. A soberania dos veredictos, não obstante a sua extração constitucional, ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade. Assim, embora a competência do Júri esteja definida na Carta Magna, isso não significa dizer que esse órgão especial da Justiça Comum seja dotado de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. É que, em tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do Júri.²⁷

A partir de tais esclarecimentos, pode-se afirmar que o efeito devolutivo em sede de Tribunal do Júri está em consonância com a soberania dos veredictos

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 27ª edição. São Paulo. Saraiva, 2020, p. 671.

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª edição. Salvador : Juspodivm, 2019, p. 1377.

postulada na Constituição Federal, tendo em vista que, nos casos em que houver interposição de recurso sob fundamento no art. 593, III, “a” e “d” do CPP, o órgão *ad quem* se limitará a cassar a decisão anterior, a título de juízo rescindente, submetendo o apelante a novo julgamento realizado pelo plenário. Por outro lado, caso o recurso tenha objeto matéria atinente ao campo de atuação do juiz-presidente, o juízo *ad quem* será competente para não só cassar a decisão anterior, bem como substituir a decisão impugnada, a título de juízo rescisório (alíneas “b” e “c”).

Ademais, sob a égide de um Estado garantista, a aplicabilidade da soberania dos veredictos deve não somente obedecer sua natureza relativa, mas também deve ser efetuada sob um viés de cautela. Inobstante o Tribunal do Júri ser revestido pelo manto de cláusula pétrea, sua existência como procedimento especial deve também estar fundada em congruência com todos os valores constitucionais preconizados pela carta de direitos do ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese seu ideal democrático, é evidente que as decisões proferidas pelo conselho de sentença são carecedoras de fundamentação, decorrendo do livre convencimento imotivado dos jurados, não sendo estes dotados de suficiente conhecimento técnico sobre o Direito, estando, portanto, amplamente passíveis de falibilidade no que tange à formação da cognição que servirá de base para a prolação da sentença.

Revestindo-se de uma perspectiva crítica, Aury Lopes Jr. aduz:

A decisão dos jurados no sistema atual é carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência e não se legitima. Certamente até os jurados se sentiriam melhor e mais legitimados se pudessem fundamentar e expor as razões que os levaram de decidir de tal ou qual forma.

A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu.²⁸

Para tanto, tendo em vista que a decisão do conselho de sentença, ora calcada em sua íntima convicção, resvala diretamente sobre a esfera da culpabilidade do acusado, a soberania dos veredictos deve ser interpretada de forma restritiva e *pro*

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição, São José dos Campos : Saraiva, 2020, p. 923.

homine para que coexista simetricamente com a presunção de inocência, levando-se em conta de que sua previsão constitucional tem como verdadeiro fim garantir que os acusados por crimes dolosos contra a vida possam ser julgados por seus pares, ou seja, é uma previsão constitucional também situada no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais que deve ser imposta em favor do acusado, e não interpretado de maneira contrária a ele.

Destaca-se, por fim, que o princípio da soberania dos veredictos não deve ser utilizado de forma que viole sua congruência com outros dispositivos constitucionais, de modo que a instituição da execução provisória no júri com base em tal postulado traz clara desestabilização entre os valores constitucionais que regulamentam o sistema processual penal brasileiro.

6.2 Da Desproporcionalidade Sistemática do Art. 492, I, “e” Face ao Grau de Lesividade do Bem-Jurídico Tutelado

É de suma importância destacar também a desproporcionalidade perante o sistema penal que a imposição da antecipação da pena no Júri gera.

Como primeiro ponto, no que diz respeito à definição de bem-jurídico, Luiz Regis Prado Leciona que “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, por isso, jurídico-penalmente protegido”.²⁹

Ademais, Guilherme de Souza Nucci, sob um viés simplificado, porém não menos didático, pontua que “O bem jurídico é o valor para o qual se outorga proteção jurídico-penal no caso concreto. É o escopo do direito penal, ao menos para criar normas incriminadoras”.³⁰

Por sua vez, sob uma perspectiva ético-valorativa, o jurista italiano Giuseppe Bettiol pontua que bem-jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”³¹.

Analisando de maneira congruente as definições supracitadas, pode-se

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1 / Luiz Regis Prado. Colab. Érika Mendes de Carvalho**. 15ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 167.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Grupo GEN, 2020, p. 19

³¹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: Parte Geral**. Coimbra. Coimbra Editora, 1970, vol.1, p. 324.

afirmar que bem-jurídico são valores que a coletividade elenca como fundamentais para sua coexistência pacífica, de modo que são tutelados pelo Direito.

Partindo-se da premissa de um Estado Constitucional de Direitos, o constitucionalista alemão Claus Roxin elaborou uma teoria crítica do bem-jurídico, propondo a imposição de limites na atuação legislativa frente à criminalização de condutas, calcada no exercício material da *ultima ratio* preconizada pela função penal.

Com efeito, Luiz Regis Prado analisa o pensamento de Roxin:

Entende Roxin que os bens jurídicos são “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente”. Precisa este último autor, que “os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins e para o funcionamento do próprio sistema”. Expõe, com razão, que desse conceito deriva que: “as cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos; as finalidades puramente ideológicas não protegem bens jurídicos e as meras imoralidades não lesionam bens jurídicos”.³²

Ademais, faz-se mister ponderar que, não bastasse o dever da função legislativa em se ater aos limites constitucionais no que diz respeito à criminalização de condutas, é imprescindível também que o legislador leve em consideração a amplitude dos bens-jurídicos constitucionalmente previstos para tutelar o indivíduo quando este se vê em conflito com o *modus operandi* do próprio poder estatal ao exercer o seu *jus puniendi*.

Na esfera legislativa, o princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, exerce a função de garantir a legitimidade da norma criada pelo legislador em relação ao fim que se busca atingir no plano social, através do equilíbrio dado entre a preservação dos direitos individuais e os anseios da sociedade no que diz respeito à proteção de determinado bem-jurídico. Para tanto, em sede processual penal o princípio da proporcionalidade tem como pressuposto formal o princípio da legalidade e como pressuposto material o princípio da justificação teleológica.

Pelo princípio da legalidade processual, apêndice do princípio geral da legalidade garantido constitucionalmente, qualquer invasão na seara dos direitos e liberdades dos cidadãos para fins de restrição ou cerceamento deve haver como pressuposto a existência de uma lei anterior que a regule (*nulla coatio sine lege*).

³² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição / Luiz Regis Prado**. – 8. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2019, pp. 33 e 34.

Por outro lado, como pressuposto material, o princípio da justificação teleológica tem o condão de legitimar o uso de determinada medida, demonstrando-se a necessidade de sua aplicação em relação ao fim que se busca alcançar. Logo, deve-se analisar se o fim intentado pela medida é legítimo e de relevância social para que se possa falar em proporcionalidade.

Além dos pressupostos da legalidade e justificação teleológica, o princípio da proporcionalidade se subdivide no que se pode chamar de três subprincípios ou requisitos, sendo eles o subprincípio da necessidade ou exigibilidade, da adequação ou idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O requisito da necessidade ou exigibilidade preconiza que o poder público, dentre todas as medidas que possam restringir ou cercear os direitos fundamentais, deve escolher a menos gravosa ao indivíduo, ou seja, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima “aquela que menos interfira no direito de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída”³³.

No campo do subprincípio da adequação ou idoneidade, a norma restritiva só será considerada adequada para a garantia do bem-jurídico quando for apta a atingir o fim a que ela se propõe, ou seja, caso o meio adotado não se mostre apropriado à consagração do resultado pretendido, o ataque a direito fundamental não deve ser permitido.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito realiza um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, visando identificar se é justificável a interferência em determinado direito dos cidadãos. Deste modo, é essencial que o legislador se polície ao elaborar uma norma que restrinja direitos fundamentais, pois na tentativa de garantir a tutela certo bem-jurídico, pode estar subsumindo uma situação contrária perante à coletividade.

Sobre os três requisitos, Luiz Régis Prado sucintamente conclui:

(...) pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.³⁴

Sob um viés pragmático, os crimes dolosos contra vida são de alto potencial

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª edição. Salvador : Juspodivm, 2019, p. 90.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1 / Luiz Regis Prado. Colab. Érika Mendes de Carvalho**. 15ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 106.

lesivo, haja vista que atentam contra a própria vida, qual seja, juntamente com a dignidade da pessoa humana, o maior bem jurídico individual a ser tutelado pelo ordenamento jurídico penal. Em que pese o alto potencial lesivo, o ordenamento jurídico penal tipifica crimes com penas mais graves, que causam maior impacto tanto na esfera individual quanto na sociedade brasileira.

A título de exemplo, o crime de latrocínio possui uma cominação de pena em abstrato maior que a de um homicídio simples e atenta contra uma cumulação de bens jurídicos, haja vista que atinge tanto o patrimônio do indivíduo, como sua vida. No entanto, por ser um crime contra o patrimônio, não abrange o rol de competência do Tribunal do Júri e, inobstante a gravidade da conduta ser maior que a de um homicídio, não seria possível uma execução antecipada da pena, ao passo que o homicídio, menos grave, possibilita uma execução provisória da pena, quebrando-se a proporcionalidade no tratamento estatal frente a tais crimes de natureza diversa.

A partir dos apontamentos supracitados, é perceptível que o legislador da Lei Anticrime foi infeliz com a inserção do art. 492, I, “e” no CPP ao atentar contra o princípio da proporcionalidade, pilar imprescindível na manutenção de um Estado Constitucional de Direitos.

É notável, por conseguinte, que a execução provisória no júri é desarrazoada e não encontra respaldo no pressuposto material de proporcionalidade, pois a medida de cerceamento provisório da liberdade de um acusado que não oferece riscos à sociedade, tão menos à instrução processual criminal se mostra inadequada em decorrência da restrição de um direito fundamental, ora a liberdade, que não possui aptidão para atingir os efeitos sociais a que pudessem esperar com tal medida restritiva.

Não sendo o bastante, a partir do momento em que a execução antecipada da pena não abarca crimes mais danosos à sociedade, a desproporcionalidade da execução provisória em sede do Tribunal do Júri atinge níveis sistemáticos, pois há bens-jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico os quais a lesividade gera maior impacto na coletividade e que não estão abrangidos pela medida imposta pelo legislador da Lei Anticrime.

6.3 Da Ausência de Efeito Suspensivo como Violação ao Duplo Grau de Jurisdição

Como pontuado anteriormente, sabe-se que, em sede de efeito devolutivo, as decisões dos jurados ainda podem ser amplamente revistas em segunda instância e até mesmo modificadas através de novo plenário de julgamento

Com a nova redação do art. 492, I do CPP, foram inseridos também os parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º com a seguinte redação:

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - não tem propósito meramente protelatório; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.³⁵

É nítido o equívoco do legislador ao deixar de conferir efeito suspensivo à eventual apelação interposta pela defesa contra sentença que aplica pena igual ou superior a quinze anos. Tal previsão atenta contra o princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Este, por sua vez, não possui previsão expressa no texto constitucional, no entanto, é consagrado na estruturação do Poder Judiciário elaborada pelo legislador constituinte. Os arts. 108 e 109 disciplinam a competência da Justiça Federal, sendo aquele correspondente aos Tribunais Federais em segundo grau e este aos juízes federais em primeiro grau de jurisdição.

Ademais, como desdobramento do devido processo legal o art. 5º, LV da CF declara que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Além de sua disciplina implícita na CF, o duplo grau de jurisdição possui previsão expressa no art. 8º, n. 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos,

³⁵ Código de Processo Penal. Art. 492, I, §§ 3º, 4º, 5º e 6º.

que possui normatividade supralegal e pontua que que todo acusado de delito tem "*direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*".

Durante anos, o CPP estabeleceu como condição de admissibilidade recursal o recolhimento do acusado ao cárcere, salvo se é réu primário e de bons antecedentes, nos termos do já revogado art. 594.

Mesmo após a vigência da CF/88 tal dispositivo continuou sendo aplicado e reconhecido pela jurisprudência. Contudo, em julgamento do HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, o Supremo alterou seu entendimento, reconhecendo o conflito entre a exigência de recolhimento ao cárcere do acusado e a garantia ao duplo grau de jurisdição amparado pela CADH. Através deste julgamento, concluiu-se que o direito de apelação pode ser exercido em âmbito criminal, sem que haja como pressuposto a prisão do acusado e, independentemente de sua primariedade e bons antecedentes, vedando-se a violação a pacto internacional de caráter supralegal por norma infraconstitucional.

Inobstante, caso haja necessidade de recolhimento ao cárcere, não há óbice para a decretação de prisão preventiva, devidamente fundamentada nos termos do art. 312 e 313 do CPP.

Acerca da aplicabilidade da norma internacional no processo penal, Ingo Wolfgang Sarlet aduz:

O fato de a Constituição ter previsto tribunais com competências recursais ordinárias não impede o legislador infraconstitucional de permitir, por exemplo, que o tribunal conheça do mérito da causa sem que o tenha feito anteriormente o juízo de primeiro grau (art. 1.013, § 3.º, do CPC de 2015), nem impede, tampouco, a limitação do próprio direito ao recurso em causas de menor expressão econômica (por exemplo, art. 34 da Lei 6.830, de 1980). A mesma solução, contudo, não pode ser aplicada ao processo penal. É que a Convenção Interamericana de Direitos do Homem prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, de modo que é possível afirmá-lo como elemento essencial para conformação do processo justo no âmbito penal.³⁶

É válido salientar que, o duplo grau de jurisdição é passível de mitigação tão somente quando está em acordo com a própria sistemática constitucional que estrutura o Poder Judiciário, haja vista que é esta mesma que implicitamente o consagra na Constituição Federal.

Para tanto, a única possibilidade de relativização do princípio inserida se

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**. 7ª edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2018, p. 905.

dá através dos foros de competência originária de determinado órgão jurisdicional, em que não é definido o cabimento de recurso ordinário onde se discute amplamente as questões fáticas e de mérito, e tal previsão, por ter caráter de norma constitucional, se posiciona hierarquicamente acima da CADH. Hipótese esta bastante diversa da aqui retratada, pois a execução provisória no júri, em que pese a possibilidade de reexame da sentença, mitiga o duplo grau de jurisdição ao deixar de conferir efeito suspensivo à apelação sob um fundamento instituído através de lei ordinária, que viola expressamente o disposto na CADH, logo, revestido de supralegalidade frente às leis infraconstitucionais.

É injustificável a prisão de um acusado em sede de execução provisória da pena quando a decisão a que ele está submetido ainda está sujeita ao controle recursal pelo Poder Judiciário em instância superior. O que se mostra é que o legislador, na tentativa de relativizar a ausência de efeito suspensivo à apelação no Júri, inseriu os parágrafos 3º e 5º sob caracteres abstratos que conferem à possibilidade de concessão de efeito suspensivo a cargo da mera liberalidade do juiz ou tribunal.

Ocorre que, a existência de efeito suspensivo deve ser intrínseca à natureza da apelação criminal, tendo em vista que ela versa sobre matérias que potencialmente podem restringir a liberdade do acusado que, não bastasse estar amparado pela presunção de inocência, ainda não foi submetido a um reexame da sua condenação por órgão *ad quem*.

Ademais, a instituição da execução provisória no Júri pela Lei Anticrime já entrou em vigência em desconformidade não só com o texto constitucional, como também em relação à mesma lei que a instituiu, haja vista que ela trouxe nova redação ao art. 283 do CPP reafirmando que “*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*”, além de que o art. 313, §2º do mesmo Código veda a prisão preventiva, de natureza cautelar, com o fim de antecipação de pena.

Ou seja, resta clara a dicotomia pelo legislador ao ressaltar o caráter excepcional do cárcere e ao mesmo tempo instituir uma modalidade de prisão com fundamentação limitada a uma sentença suscetível de ampla reanálise fática e de Direito, tendo em vista que nem o Duplo Grau de Jurisdição foi ainda observado.

Portanto, caso haja necessidade de recolhimento do acusado à prisão, a própria legislação processual prevê a possibilidade através da imposição de medida

cautelar. No entanto, se o réu não está condicionado a uma medida cautelar, possui o amparo constitucional de manter-se em liberdade enquanto o processo criminal ainda estiver em andamento através de fase recursal.

6.4 Dos Reflexos Sociais da Política Punitivista Ensejada pela Execução Provisória da Pena

Como já demonstrado, observa-se que a criação do Pacote Anticrime é fruto de uma política de caracteres punitivistas que respalda o anseio popular, decorrente de um sentimento de impunidade da sociedade brasileira frente ao poder judiciário. No entanto, é necessário ponderar que o Brasil é um país que possui uma desigualdade social arraigada, que reflete nitidamente em uma aplicação irrazoável da função jurisdicional penal.

Acerca do ideário punitivista exarado na Lei Anticrime, Salo de Carvalho explica:

O discurso punitivista que o sustentava espelha o processo que caracterizou as mudanças macropolíticas nos países ocidentais nas décadas de 80 e 90 do século passado, capitaneados por Inglaterra e Estados Unidos, como consequência do giro neoliberal na economia. Inúmeras pesquisas nas áreas da criminologia crítica e da sociologia do desvio, especialmente as relativas ao “grande encarceramento” das últimas décadas, apontaram este pêndulo que sinaliza o recrudescimento do direito penal e a constrição dos direitos sociais: “direito penal máximo” (Ferrajoli); “Estado penal” (Wacquant); “sociedade punitiva” (Garland); “indústria do crime” (Christie); “populismo penal” (Pratt e Salas); “cultura da punição” (Brown); “overcriminalização” (Husak); “política criminal da exclusão” (Brandariz García); “governo do crime” (Simon); “governo do excesso” (Giorgi); “nova segregação” (Alexander); em síntese: “sociedade excludente” (Young). O tema foi igualmente tratado com profundidade na literatura nacional especializada.

O caso brasileiro, no entanto, foi e é peculiar. O fenômeno do grande encarceramento não esteve relacionado exclusivamente à implementação de políticas econômicas neoliberais e, em efeito, à redução do Estado social. Ademais, as políticas de prisionalização (seletividade) não poderiam ser analisadas fora de um contexto global no qual se insere o tema do uso desmedido da força pelas polícias (letalidade), sobretudo as polícias militares.³⁷

Apesar do alto índice de criminalidade, o sentimento de impunidade é externalizado frente às camadas de maior prestígio econômico, que possuem recursos para se apoiar na morosidade do judiciário e na problemática do sistema recursal.

Por outro lado, no que se refere às camadas em condições de maior

³⁷ CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. Editora Saraiva, 2020, p. 160.

vulnerabilidade social, este cenário é invertido de modo que a impunidade dá espaço a uma seletividade penal que gera um estigma de marginalização, haja vista que compreendem a maior parte da população carcerária brasileira, estando sujeitas a um sistema prisional defasado e com baixo índice de reinserção social, que notadamente não alcança os objetivos idealizados pela Lei de Execuções Penais brasileira. Logo, o Brasil é um país que se pune muito, e se pune mal.

Em que pese os argumentos de que a vedação à execução provisória beneficia os réus mais abastados ao ponderar que o cumprimento antecipado ensejaria um tratamento mais equânime aos apenados de diferentes condições socioeconômicas, os levantamentos estatísticos revelam o contrário.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional referentes ao primeiro semestre de 2020³⁸, a população carcerária do país corresponde a cerca de 700.000 (setecentas mil) pessoas, estando mais de 200.000 (duzentas mil) presas em caráter provisório, ou seja, que não estão sujeitas a uma sentença condenatória definitiva. Ademais, os dados revelam que a população carcerária é majoritariamente composta por jovens de baixa renda e escolaridade, com maior incidência em crimes patrimoniais ou ligados à Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), sinalizando um perfil com maior vulnerabilidade frente ao sistema punitivo estatal.

A partir disto, em um recente levantamento,³⁹ foi constatado que a Defensoria Pública obteve provimento em 48% dos recursos que levou ao STJ, superando o índice de êxito de advogados particulares no mesmo órgão (23%). Ainda, os dados revelam que, nos pleitos referentes aos crimes contra a vida, o índice de provimento dos recursos, seja total ou parcialmente, é de 42%. Os dados são correspondentes a ações penais que transitaram em julgado entre 2009 e 2019.

É evidente que pessoas hipossuficientes, através de assistência jurídica da Defensoria Pública, têm conseguido amplo acesso à justiça e potencial de reforma das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, o que desmistifica o pensamento de que a execução provisória da pena traria um tratamento mais equânime à prestação jurisdicional frente às diversas camadas do espectro social ao restringir a liberdade provisória daqueles que possuem condições econômicas de arcar com as custas de um judiciário caro e moroso, apoiando-se em recursos meramente protelatórios.

³⁸ DEPEN - DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento de Informações Penitenciárias, 2020.

³⁹ **Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF.** Folha de S. Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml?origin=folha#>>>.

Pelo contrário, o prognóstico que se mostra é que a instituição de mais uma espécie de prisão provisória teria como efeito um maior fomento da seletividade penal enraizada no exercício da função jurisdicional penal, refletindo em uma política de encarceramento de pessoas de baixa renda e que referendaria ainda mais um estigma social de marginalização sobre estes que ainda são considerados inocentes, estando, portanto, submetidos a um sistema prisional já sobrecarregado, e que não possui estrutura adequada para reeducar um sentenciado.

Valendo-se da Teoria do Etiquetamento (*Labeling Approach*), Sérgio Salomão Shecaira aduz:

A pena atua como geradora de desigualdades. Ela cria uma reação dos círculos familiares, de amigos, de conhecidos, que acaba por gerar uma marginalização no âmbito do mercado de trabalho e escolar. Levar uma conduta desviada para a esfera de reprovação estigmatizante tem uma função reprodutora do sistema de controle social. O que é uma conduta social desviada, o mais das vezes cometida por um agente primário, transforma-se, pela repercussão que encontra na sociedade em face da pena, em uma carreira delitiva permanente e irreversível. A repressão punitiva - e em especial a prisão - passa a funcionar como elemento de criminalização que gera um processo em espiral para a clientela do sistema penal. A criminalização primária produz rotulação, que produz criminalizações secundárias (reincidência). O rótulo criminal (cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia) produz a assimilação de suas características pelas pessoas rotuladas, a geração de expectativas sociais de condutas correspondentes ao seu significado, a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados.⁴⁰

Por fim, a consequência material por trás da execução provisória é o aumento nos índices de reincidência por sentenciados que sequer têm motivos concretos e razoáveis para serem enviados à convivência com demais criminosos, uma vez que estarão sujeitos ao rótulo criminal que reduz as expectativas de uma adequada reinserção social, estando também submetidos a todas as mazelas de um sistema carcerário defasado e que desencadeia um processo de descultramento do indivíduo, de modo que, em um fim último, haverá um acréscimo sintomático na criminalidade do país, efeito contrário ao proposto pela Lei Anticrime.

⁴⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia / Sérgio Salomão Shecaira ; prefácio Alvaro Augusto de Sá**. 8ª edição, São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 264

7 CONCLUSÃO

Conclui-se, ante todo o pesquisado, que o art. 492, I, “e” do Código de Processo, instituído pela Lei 13.964/19 (Lei Anticrime), é duplamente inconstitucional, tendo em vista que a imposição da execução provisória no procedimento do Tribunal do Júri infringe direta e expressamente a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição.

O princípio da presunção de inocência, como preceito constitucional, deve ser interpretado de forma sistemática e congruente em relação aos diplomas internacionais que o instituem e pelos quais o Brasil é signatário, haja vista que está previsto no ordenamento jurídico de forma que seja indispensável a sua aplicabilidade máxima ao revestir o acusado até o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório.

Viola também o princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que o acusado recolhido ao cárcere para iniciar antecipadamente o cumprimento da pena ainda está sujeito a eventual reforma, em seu favor, do veredicto proferido pelo conselho de sentença do Júri. Em que pese o Tribunal do Júri ser composto por um órgão colegiado, ainda não foram esgotadas as matérias fáticas a serem apreciadas em instância superior, o que nada obsta que a decisão dos jurados possa ser cassada para que seja realizado novo plenário de julgamento.

Ademais, demonstra-se que instituir uma execução provisória da pena em sede de Tribunal do Júri atenta contra o pressuposto material de proporcionalidade. Comprovou-se desarrazoado restringir o direito de liberdade de um acusado que, revestido pelo estado de inocência, não oferece riscos à sociedade ou à instrução criminal, de modo que não há elementos autorizadores de imposição de medida cautelar.

Ainda, acarreta uma desproporcionalidade sistemática da função jurisdicional penal no que se refere ao tratamento aplicado ao acusado de demais crimes de alta lesividade presentes no ordenamento jurídico, como o citado crime de latrocínio, também os crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, e o tráfico que geram graves impactos na estrutura social e econômica brasileira e, não são abrangidos por tal instituto.

Há de se concluir, também, que a instituição de mais uma prisão em caráter provisório é fruto de uma ineficaz política punitivista que fomenta a banalização das espécies de prisão que deveriam ser tratadas como exceção no processo penal, de

modo que não inibe o sentimento de impunidade frente à sociedade brasileira, mas amplia a seletividade penal ao estimular o encarceramento e a estigmatização dos acusados, desencadeando um processo de desculturamento do indivíduo, sobretudo no que tange às camadas hipossuficientes.

Assim, em última análise, a execução provisória da pena no Tribunal do Júri enraíza ainda mais a desigualdade existente no sistema prisional brasileiro, tendo em vista que, notadamente, acusados em situação de vulnerabilidade socioeconômica têm conseguido amplo acesso à jurisdição através de um alto índice de reforma de decisões, anteriormente desfavoráveis, pelos tribunais superiores.

Portanto, para que se otimize a efetividade da jurisdição penal, é necessário que haja um melhor aparelhamento do Poder Judiciário, um processo legislativo com mais responsabilidade e técnica jurídica para que haja a criação de leis processuais organizadas e que geram menos controvérsias aos aplicadores do Direito, sendo indispensável também uma atuação defensiva ampla e eficaz, porém não menos responsável, de modo que se efetive o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo.

Mostra-se viável também uma reforma no sistema recursal brasileiro pelo Poder Legislativo que coíba o exercício abusivo do direito de recorrer pela defesa, ao passo que o Judiciário deve averiguar mais precisamente os casos de interposição de recursos com fins meramente protelatórios, para que diminua a carga processual dos tribunais e, conseqüentemente, a morosidade no julgamento dos processos criminais.

Deste modo, a formação do trânsito em julgado ocorrerá de forma mais célere para que a culpabilidade do acusado seja reconhecida em acordo com um devido processo legal, proporcional e adequado, estando congruente com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, o que se mostra irrazoável é instituir uma norma que representa um retrocesso jurídico ao sacrificar Direitos Fundamentais onde há como único critério a quantificação da pena (igual ou superior a quinze anos), visando sanar uma problemática enraizada em uma sistemática processual diversa daquela modificada pelo legislador, de modo que gera um efeito jurídico e social oposto ao idealizado, ao contribuir com uma política onde se aumenta a carga punitiva pelo Estado, mas de forma desordenada e inadequada perante às garantias que o acusado possui no curso da persecução penal.

REFERÊNCIAS

AGERTT, Guilherme Santiago Menezes. **Da execução criminal provisória após segundo grau de jurisdição e sua (in)constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5700, 8 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71868>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. **Teoria geral do garantismo: considerações preliminares**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8037>. Acesso em: 13 fev. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. ISBN 85-7420-620-2.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**: 2ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal: Parte Geral**. Coimbra. Coimbra Editora, 1970, vol.1.

BORTOLI, Adriano de. **GARANTISMO JURÍDICO, ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Disponível em: http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adriano_de_bortoli.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021

CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. Editora Saraiva, 2020. [Minha Biblioteca].

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**: 27ª edição. São Paulo. Saraiva, 2020. [Minha Biblioteca].

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Alcance e significado do princípio constitucional da presunção de inocência**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-22/constituicao-alcance-significado-principio-presuncao-inocencia>. Acesso em: 29 set. 2020

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador. Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal / Luigi Ferrajoli**: 3ª edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo : Saraiva, 2013.

JARDIM, E.; SOUZA, G. **A execução provisória da pena após sentença penal condenatória em segunda instância sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Intertemas, ISSN 21-76-8498. Presidente Prudente, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7775>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição, São José dos Campos. Saraiva, 2020.

_____. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>. Acesso em: 24 out. 2020.

_____; ROSA, A. **Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-08/limite-penal-ainda-prender-condenacao-segundo-grau>. Acesso em: 18. set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 artigo por artigo**. Salvador. Juspodivm, 2020.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7ª edição, Salvador. Juspodivm, 2019.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado / Sahid Maluf : atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto**. 33. ed. - São Paulo : Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Estado de Direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 918, 7 jan. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7786>. Acesso em: 20 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Grupo GEN, 2020. [Minha Biblioteca].

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição / Luiz Regis Prado**. 2ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição / Luiz Regis Prado**. 8ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2019.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 1 / Luiz Regis Prado. Colab. Érika Mendes de Carvalho**. 15ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PIMENTEL, Vanessa Miceli de Oliveira. **Constitucionalismo e garantismo: sistema jurídico-penal antigarantista e o constitucionalismo brasileiro tardio**. Revista Âmbito Jurídico, ISSN – 1518-0360, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/constitucionalismo-e-garantismo-sistema-juridico-penal-antigarantista-e-o-constitucionalismo-brasileiro-tardio/>. Acesso em: 13/02/2021

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional / Flávia Piovesan**. 11ª edição - São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSEFIELD, Luis; SOUZA, Draiton Gonzaga de. **Direitos políticos e princípio de presunção de inocência: a Lei da Ficha Limpa frente à Constituição**. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.05/4423>. Acesso em: 02 de fev. de 2021.

SABOIA, ROSSANA SANTOS. **Pacote anticrime e a inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação em 1º grau pelo Tribunal do Júri** **Conteudo Juridico**, Brasilia-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54902/pacote-anticrime-e-a-inconstitucionalidade-da-execuo-provisria-da-pena-aps-condenao-em-1-grau-pelo-tribunal-do-jri>. Acesso em: 25 out 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**: 7ª edição. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia / Sérgio Salomão Shecaira ; prefácio Alvinho Augusto de Sá**. 8ª edição, São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2020

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**: 37ª edição, São Paulo. Malheiros, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio / Manoel Jorge e Silva Neto**. Brasília : ESMPU, 2016. 102 p. ISBN 978-85-88652-92-7

STRECK, Lênio Luiz. **A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF**. 3ª ed. Curitiba: Revista Jurídica do MP-PR. 2015.

_____. **Júri: pode um simples "não" levar à imediata prisão do réu?**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediate-prisao-reu>. Acesso em 23 out. 2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 set. 2020.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689/1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 20 set. de 2020.

_____. **DECRETO nº 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 20 set. 2020.

_____. **DECRETO nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 20 set. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS EM PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 19 set. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 152.752/PR. Relator: Ministro EDSON FACHIN. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO.** Julgado em 04/04/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em 18 set. 2020.

_____. **HC nº 126.292/SP. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO.** Julgado em 17/02/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 18 set. 2020

_____. **HC nº 118.770, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO.** Julgado em 08/03/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>. Acesso em 18 set. 2020.

_____. **HC nº 84.078/MG, Relator(a): Min. EROS GRAU. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO.** Julgado em 05/02/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em 24 abr. 2021.