

REFLEXÕES SOBRE A NOVA SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA CONDENAÇÃO EM SEDE DE TRIBUNAL DO JÚRI

REFLECTIONS ON THE NEW SYSTEMATICS OF THE EARLY EXECUTION OF THE CONVICTION IN THE SEAT OF THE JURY COURT

LUIZ GUSTAVO DE PAULA CORREIA FLEURY¹
GABRIEL DE CASTRO BORGES REIS²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir acerca da nova sistemática da execução antecipada da condenação em sede de Tribunal do Júri. Com a inovação legislativa causada pela Lei nº. 13.964/2019, vulgarmente chamada de “Pacote Anticrime”, o artigo 492, do Código de Processo Penal, em virtude da referida legislação teve sua redação alterada, possibilitando ao acusado condenado a pena privativa de liberdade igual ou maior que 15 (quinze) anos a ter de cumprir essa punição de maneira imediata, antes do trânsito em julgado da condenação ou mesmo da realização de qualquer julgamento em sede de segunda instância pelo Tribunal ad quem. Assim, a finalidade do presente trabalho é debater acerca da temática à luz de sua constitucionalidade. Para tanto, o trabalho apresenta suas conclusões sobre o potencial lesivo de determinados princípios constitucionais, em especial da presunção de inocência (não culpabilidade) e da taxatividade, por meio da utilização de uma metodologia amparada na revisão e pesquisa bibliográfica, com suporte na dogmática jurídico-processual penal.

Palavras-chave: Execução Antecipada da Pena. Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime); Violação de Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

This article aims to discuss the new system of early execution of the conviction in jury court. With legislative innovation caused by Law No. 13.964/2019, commonly called the "Anti-Crime Package", Article 492 of the Code of Criminal Procedure, by virtue of that legislation had its wording amended, enabling the accused sentenced to a custodial sentence equal to or greater than 15 (fifteen) years to have to comply with this punishment immediately, before the final transit of the conviction or even the execution of any trial in the second instance by the Court ad quem. Thus, the purpose of this paper is to discuss the theme in the light of its constitutionality. Therefore, the paper presents its conclusions on the harmful potential of certain constitutional principles, especially the presumption of innocence (non-culpability) and taxativity, through the use of a methodology supported by literature review and research, supported by the legal-procedural criminal dogmatics.

Keywords: Early Execution of the Penalty. Law. 13.964/2019 (Anti-Crime Package). Violation of Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

A Lei nº. 13.964/2019 trouxe inúmeras modificações legislativas no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro. Assim, o ponto central do presente trabalho é abordar de forma específica algumas dessas mudanças.

Dessa forma, o artigo em estudo tem a finalidade de enfrentar as inovações que tornaram possível a execução antecipada da pena nos crimes em que o agente for condenado a pena igual ou

¹ Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil: gustavo.pcf00@gmail.com.

² Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e professor universitário na Faculdade Evangélica Raízes. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: gcborgesreis@hotmail.com.

maior de 15 (quinze) anos de privação de liberdade pela prática de crimes contra a vida, portanto, delitos julgados pelo Tribunal do Júri.

Como via de consequência, tais mudanças podem estar em franco conflito com princípios constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência, bem como o da taxatividade, que estarão sendo violados pela referida inovação legislativa estabelecida pelo artigo 792, do Código de Processo Penal (CPP).

Dessa forma o trabalho aborda a nova redação estabelecida no artigo 492, do CPP, cujo texto leia-se a seguir:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

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;

[...]

§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.

§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.

§5º. Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o

§4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

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. (BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília. Diário Oficial, 1941. Grifo nosso).

Conforme as novas diretrizes do artigo 492, I, “e” do CPP, aos condenados no âmbito do Tribunal do Júri a penas iguais ou superiores a 15 anos(quinze) anos, já poderão ser encarcerados de forma imediata. Sendo a punição executada de forma antecipada, antes mesmo de transitar em julgado a condenação, mesmo na hipótese desse réu responder ao processo em liberdade. Nesse passo, é oportuno entender mesmo que resumidamente sobre o instituto “Tribunal do Júri” que, segundo a abalizada lição do jurista Edilson Mougenot Bonfim:

A instituição do Júri, cercada de polêmica, permanece em grande parte das legislações modernas, ainda que sob diversos modelos, na medida em que traz uma espécie de legitimação para o sistema jurídico em razão da participação popular, que injeta novos valores democráticos no processo legal. (BONFIM, 2018, p. 715).

Outrossim, falando ainda sobre o Tribunal do Júri conquanto instituto utilizado em outros países, como espécie de legitimação do poder jurisdicional, segundo o mesmo autor:

[...] Aliás, a participação de cidadãos no julgamento dos crimes mais graves é um princípio recorrente nos diversos modelos de sociedade ao longo da história, desde a Grécia antiga, que concebeu a forma primitiva do júri, o Tribunal da Helieia – os heliastas, originariamente em

número de 6.000, distribuídos em dez seções de 600 membros cada, designados anualmente por sorteio em meio aos cidadãos com mais de 30 anos, de reputação ilibada e não devedores do Estado.

Desta forma, contemplam ainda o Júri as legislações da Austrália, Canadá, Inglaterra, Gales, Irlanda do Norte, República da Irlanda, Nova Zelândia, Escócia, Estados Unidos, França, Grécia, Bélgica, Itália, Alemanha, Suíça, Portugal, Noruega e pelo menos outros 40 países. Seus críticos alegam ser uma instituição vetusta, pouco racional, mas a verdade é que, ao contrário de desaparecer como órgão de justiça, tem sido prestigiado e incrementado contemporaneamente. Assim, a Espanha (1995) e a Rússia recentemente o reintroduziram, e o Japão, que tivera Júri entre 1929 e 1943, discute vivamente a possibilidade de reinstaurá-lo. Algumas legislações estrangeiras, especialmente nos países de *comon law*, reconhecem expressamente o direito constitucional ao julgamento pelo Júri, como no Canadá, nos Estados Unidos, na Espanha e, em certa medida, na Itália. Da mesma forma, a Inglaterra, ainda que não tenha uma Constituição escrita, assegura-lhe status quase constitucional. Aliás, é na Inglaterra que se pode buscar as origens do Júri moderno, uma vez que a instituição inglesa nasceu de um procedimento antigamente usado na Normandia (parte da França), levado a solo britânico após a tomada da Inglaterra por William, o Conquistador (1066). Assim, depois que o julgamento das ordálias foi proibido pelo Papa Inocêncio III, em 1215, por ocasião do 4º Concílio de Latrão, a Inglaterra se orientou no sentido de um então novo modelo de Justiça, estabelecendo para tanto, àquela época, o número de 12 jurados, em alusão aos 12 apóstolos do Evangelho. (BONFIM, 2018, p. 716).

Ademais, a referida modificação estabelece nos termos do §4º do artigo 492 do CPP que, na hipótese de condenação a penas iguais ou superiores a 15 (quinze) anos, o eventual recurso de apelação contra a decisão proferida não possuirá efeito suspensivo, determinando a imediata prisão do acusado, mesmo sem haver o trânsito em julgado da condenação e mesmo sendo esta uma condenação de primeira instância.

A questão apresentada para o desenvolvimento do artigo é recente e complexa, uma vez que, executar antecipadamente uma pena antes de transitar em julgado é um ato lesivo ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Tal matéria, portanto, é real causa de preocupação para os estudiosos da área, afinal de contas, em julgamento recente o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou pela impossibilidade de execução antecipada de pena para os condenados em 2º instância (LOPES JÚNIOR. 2020) com base neste princípio, razão melhor não para impossibilidade também da execução antecipada de pena na hipótese do artigo 492, do CPP, vez que neste caso se estará falando de uma punição proferida por um juízo de 1º instância.

Desse modo, as alterações realizadas pela lei nº. 13.964/2019, encontram-se, conforme poderá ser refletido no presente trabalho, em desconformidade com preceitos fundamentais firmados na Constituição Federal de 1988 (CF), bem como na legislação processual penal em vigor. Nessa guisa, tais mudanças e preocupações causadas pela lei serão melhores explicadas com a evolução da presente pesquisa.

1. FINALIDADE DOS PRINCÍPIOS PARA O DIREITO

Antes mesmo de enfrentar o tema acerca das violações aos princípios da presunção de inocência e da taxatividade da lei, oportuno é trazer à baila a razão, ou seja, qual a origem de um princípio, bem como sua finalidade para o mundo jurídico. Nessa linha de pensamentos, ao abordar o tema “princípios de direito”, deve-se voltar alguns períodos da história da civilização, mais precisamente quando das lutas dos ideais iluministas – *liberté, égalité e fraternité*³, ou seja, a Revolução Francesa, assim conforme o professor César Roberto Bitencourt (2019, p.54):

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão. Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito.

Posto isto, percebe-se que os princípios de direito, principalmente os que têm status constitucional, tiveram como marco histórico as revoluções que aconteciam em períodos de conturbação política. Assim, em tais épocas, os cidadãos, com aspirações de mudança e desejos de uma maior proteção contra a tirania do Estado, lutavam por direitos e garantias. Dessa forma, muitos princípios constitucionais que hoje são conhecidos, foram criados diante do cenário narrado acima.

Nesse passo, segundo Guilherme Nucci (2020, p.57) sobre a conceituação de princípios e sua importância, destaca o renomado autor:

O termo *princípio* possui vários sentidos: é a causa primária de algo ou o elemento predominante de um corpo. Juridicamente, o princípio é uma norma de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Os princípios são normas com elevado grau de generalidade, aptos a envolver inúmeras situações conflituosas com o objetivo de solucioná-las. Não possuem a especificidade de uma regra, que contém um comando preciso e determinado, mas constituem proposituras amplas o suficiente para englobar as regras, dando-lhes um rumo, mormente quando há conflito entre elas. (NUCCI, 2020, p. 57).

Assim, conforme os ensinamentos acima, é válido afirmar que princípio de direito é um instrumento que tem a finalidade de auxiliar e solucionar problemas caso haja conflitos, vez que é dotado de generalidade. Nesse passo, princípios são mandamentos, ou seja, diretrizes que devem orientar o legislador na hora da elaboração das novas leis que serão positivadas no ordenamento pátrio. Destarte, “sem nos olvidar da distinção feita pela doutrina entre princípios, normas, regras e

³ Direitos Humanos, UNICAMP: A declaração dos direitos do homem e do cidadão foi elaborada durante a revolução francesa de 1789 e viria refletir em âmbito universal um ideal de liberdade, igualdade e fraternidade humana. A Assembleia Nacional Constituinte, inspirada nos pensamentos iluministas (como a revolução americana de 1776), aprovou no dia 26 de agosto de 1789 o documento que garantia ao homem a liberdade individual e coletiva, contrapondo o regime monarca que imperava por boa parte da Europa. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.unicamp.br/noticia/liberdade-igualdade-e-fraternidade>>. Acesso: 18 de nov. de 2020.

postulados, trabalharemos com a noção de princípios como mandamentos nucleares de um sistema.” (LIMA, 2016, p. 78).

Porém, quando se fala em um princípio constitucional, este, merece maior atenção, tendo em vista que estes estão estabelecidos no Texto Constitucional (CF) que compõe o Estado Democrático de Direito.

Nesse raciocínio, percebe-se que, princípios constitucionais, vão muito além de apenas uma “orientação na hora de determinados conflitos quando dá aplicação da lei”, pois, tais princípios constitucionais, assumem o papel de proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão contra o arbítrio do Estado, que segundo Bitencourt (2019, p. 54) “muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.”

Desse modo, tendo em mente que, princípio é um mandamento, e com isso tem a finalidade de não apenas orientar o legislador, mas também de servir como um limitador, ou seja, uma proteção que o cidadão tem contra o exercício punitivo e muitas vezes arbitrário do Estado, a seguir, o estudo do artigo busca apontar de forma pormenorizada, ao menos dois princípios constitucionais que, com a chegada da Lei nº. 13.964/2019 estão sendo potencialmente violados.

2. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS: PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E TAXATIVIDADE

Neste momento do trabalho, os pontos de análises estão relacionados às violações de dois princípios do direito penal e processual penal, quais sejam: presunção de inocência e taxatividade, deste modo, as violações em estudos estão intimamente ligadas às inovações legislativas da Lei Nº. 13.964/19, objeto da pesquisa.

Posto isso, é necessário compreender ambos os princípios de direito. Em primeiro momento, passa-se a análise do princípio da presunção de inocência, que conforme o jurista Edilson Mougenout Bonfim (2018, p. 100) ao tratar da sua origem e fundamentação legal discorre:

Fundamento legal: art. 5º, LVII, da CF (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Precedentes históricos: o princípio se positiva pela primeira vez no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 26.8.1789), inspirado na razão iluminista (Voltaire, Rousseau etc.). Posteriormente, foi reafirmado no art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres (22.5.1948) e no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas (Paris, 10.12.1948).

Nesse passo, uma vez compreendido as bases e precedentes históricos do princípio em estudo, segundo Nucci (2020, p. 5) a presunção de inocência é “[...] significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado.”

Por todo o exposto acima, percebe-se a importância do princípio da presunção de inocência para um Estado Democrático de direito, haja vista a sua finalidade na proteção de direitos fundamentais ao cidadão. Dessa maneira, ao analisar a CF, o referido princípio pode ser compreendido nas palavras de Rogério Sanches Cunha:

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVII, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Percebam que a nossa Bíblia Política, diferentemente de alguns documentos internacionais, não presume expressamente, o cidadão inocente, mas impede considerá-lo culpado até a decisão condenatória definitiva. (CUNHA, 2019, p. 95).

Com isso, é notório que além de o princípio da não culpabilidade ter sido consagrado na Carta Magna (CF) pelo constituinte originário, o dispositivo legal do artigo 5º, LVII, diz expressamente que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, nesse sentido, percebe-se que o princípio de proteção em estudo foi revestido na forma de um verdadeiro direito fundamental protetivo ao cidadão, que deve protegê-lo contra qualquer ato leviano e ilegal por parte do Estado, assim, a presunção de inocência é um limitador do poderio estatal. Posto isto, levando em consideração o grau de sua importância a presunção de inocência é alicerce para construir uma sociedade justa, igualitária e que respeite os direitos fundamentais postulados na Carta maior do Brasil, assim também como na conformação política de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, segundo ensina Lara Teles Fernandes:

[...] a execução da pena imediata após o Tribunal do Júri é uma afronta completa ao Princípio da Presunção da Inocência, já que, por ser uma decisão em primeira instância, cabe recurso de apelação, em que pode ocorrer até mesmo a cassação do veredito. Ela acrescenta que a prisão após julgamento em primeira instância deve ser a exceção à regra, e não o procedimento comum. (FERNANDES, 2020, online).

O processualista Renato Brasileiro de Lima (2016), em seu Manual de Processo Penal, ao analisar o princípio da não culpabilidade (presunção de inocência), esclarece que tal instituto está presente em vários outros países e documentos internacionais que representam os direitos humanos, como é o caso dos Tratados e das Convenções, nesse sentido, segundo Lima:

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o cidadão é culpado ou inocente foi acolhido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11.1, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a **Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais** (art. 6.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.2) e na **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. (LIMA, 2016, online. Grifo nosso).

Assim, diante do exposto, uma vez compreendido que o princípio da presunção de inocência é um instituto consolidado através não apenas das Constituições, mas também Tratados e Convenções Internacionais de vários países que têm como valor central o - “Estado Democrático de Direito” - e corroborando os ensinamentos destacados acima, fica evidente que, com a entrada da Lei Nº. 13.964/2019, ao tornar possível a execução antecipada da pena nos crimes em que o agente for condenado a pena igual ou maior de 15 (quinze) anos de privação de liberdade pela prática de crimes contra a vida, houve significativa violação ao princípio da presunção de inocência. Não obstante, o STF já havia decidido sobre a impossibilidade de execução antecipada de pena para os condenados em 2º instância, conforme será melhor detalhado no decorrer do trabalho, no entanto, o legislador trouxe para o mundo jurídico a possibilidade de executar antecipadamente uma pena mesmo sendo ainda em sede de 1º instância.

O ordenamento jurídico como um todo deve estar harmonizado com os princípios constitucionais, portanto, autorizar a execução antecipada da pena conforme os ditames da Lei Nº. 13.964/2019 é, sem dúvidas, uma violação ao Estado Democrático de Direito. Sendo assim, necessário é cumprir o postulado da presunção de inocência, pois não há margens para sua relativização de tal instituto.

Tem-se assim, a luz de tais dados que, com a entrada em vigor da alínea “e” do artigo 492, inciso I do (CPP) a sua incompatibilidade com o que está expresso na Constituição Federal é notória e inconstitucional.

Não bastassem as violações ao princípio da não culpabilidade, as novidades do artigo 492, do CPP, possuem potencial lesivo também a outro princípio de grande importância, qual seja: o princípio da legalidade, mais precisamente em seu desdobramento no que consiste

a “taxatividade da lei”.

Doravante o trabalho passa-se a análise do princípio da taxatividade, assim, de acordo com modificação da Lei nº. 13.964/19, a taxatividade da lei foi violada, porquanto, segundo a inovação legislativa em estudo, esta é dotada de imprecisão, nesse sentido, está sendo colocado em xeque a segurança jurídica do sistema penal/processual e suas garantias fundamentais.

A legalidade da lei (princípio da legalidade) que é um gênero e que dele decorre o princípio da taxatividade, está umbilicalmente ligado à garantia constitucional que, durante o processo legislativo é imprescindível à observância da máxima: não há crime (ou contravenção penal), nem pena (ou medida de segurança) sem lei anterior que a preveja. Já a taxatividade, segundo Nucci (2020, p. 77):

Taxativo significa limitativo, restrito, apertado ou estreito. Não é preciso muito para se compreender, em direito penal, a relevância do princípio da taxatividade, lógica e naturalmente, vinculado ao princípio da legalidade. Se inexistente crime sem prévia *definição* legal, nem pena sem anterior cominação em lei, torna-se essencial garantir a

eficiência do preceito delimitador da responsabilidade penal, demandando-se do Poder Legislativo a correta redação dos tipos incriminadores.

O tipo penal incriminador é um modelo abstrato de conduta proibida, voltado ao esclarecimento de todos em relação aos fatos considerados delituosos. Para cumprir sua função de tornar compreensível a norma penal, deve-se cuidar de seu conteúdo, formado por vocábulos e sentenças, coordenadas e bem-dispostas, de modo a assegurar a perfeita delimitação do universo da comunicação pretendida.

Sob esse prisma, percebe-se desde logo que a taxatividade, ou melhor, princípio da taxatividade, é um filtro segundo o qual torna compreensível e clara as leis que estão sendo confeccionadas. Nesse sentido, considerando que a taxatividade tem como finalidade exigir da figura do legislador no momento da criação dos tipos penais, que eles sejam dotados de precisão, que não haja sombras para dúvidas na hora de futuras interpretações e aplicações, nesse sentido, explica Cunha (2019, p. 99): “O princípio da taxatividade ou da determinação é dirigido mais diretamente à pessoa do legislador, exigindo dos tipos penais clareza, não devendo deixar margens a dúvidas, de modo a permitir à população em geral o pleno entendimento do tipo criado”.

Deste modo, percebe-se que o princípio da taxatividade é uma ferramenta que visa auxiliar a segurança jurídica, deste modo, o legislador além de observar o gênero (princípio da legalidade) deve também obedecer aos seus desdobramentos, quais sejam: reserva legal; anterioridade; lei estrita; lei escrita; lei necessária e lei certa, que é expressa pelo denominado princípio da taxatividade.

Nesse espírito, válido é trazer os ensinamentos de Luiz (2003):

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada de clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. (LUIZI, 2003, p. 102).

Neste passo, com o surgimento da Lei nº 13.964/2019, o princípio da taxatividade pode ser violado, pois segundo o texto em comento, o artigo 492, §3º e §5º, II do Código Processual Penal, utiliza-se, do termo “questão substancial”, de modo que a interpretação dada à nomenclatura em destaque não é clara, trazendo à baila a problemática da insegurança jurídica.

Destarte, veja-se a redação do artigo 492, § 5º, II do (CPP):

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

[...]

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

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. (BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília. Diário Oficial, 2019. Grifo nosso).

Assim, levando em consideração os destaques supracitados, possível é entender que, a partir de uma simples leitura do dispositivo em análise, o potencial lesivo ao princípio em estudo (taxatividade), pois ao introduzir a expressão “questão substancial”, a nova ordem legal não é clara,

abrindo margens para diversas interpretações e que não raras vezes são interpretações em desfavor da pessoa do réu.

Em seu parágrafo §3º o artigo, diz que o juiz presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória em estudo, mas para que isso ocorra deve haver uma “questão substancial” cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação. De forma, que em razão dessa possibilidade jurídica, são levantados no presente trabalho alguns questionamentos quanto ao enunciado do dispositivo, mais precisamente relacionado à tal “questão substancial”.

Nesse sentido, por exemplo: como defini-la? Quais os critérios objetivos ou se estará diante apenas de critérios puramente subjetivos a serem analisados casuisticamente em cada caso concreto? Seria o termo (questão substancial) capaz de ensejar um campo fértil para o fortalecimento do denominado direito penal do autor⁴.

Contudo, as reflexões não param por aqui. Afinal, no seu §4º, o artigo da lei em comento, confirma a execução antecipada em tela, uma vez que ele extingue o efeito suspensivo quando diz que 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.”. Ora, tal disposição por si só já demonstra a possibilidade de violação das garantias constitucionais do acusado, bem como apresenta a possibilidade de cerceamento a direitos processuais deste réu, principalmente, no tocante ao exercício de seu direito de recorrer da decisão, uma vez que seu recurso de Apelação acaba de perder força, no que tange a suspensão dos efeitos da sentença, o que por conseguinte, viola também o direito constitucional do acusado ao duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e ao contraditório, uma vez que estes princípios são correlatos ao exercício da defesa do acusado no âmbito do processo penal.

Assim, a disposição que impede o efeito suspensivo ao recurso de apelação do acusado, termina por fulminar outras garantias constitucionais do réu.

Em seguida, o §5º do mesmo artigo dispõe que, o Tribunal, excepcionalmente, poderá atribuir o efeito suspensivo, desde que seja verificado no recurso de apelação as seguintes hipóteses que devem ser cumulativas: primeiramente em seu inciso I, o recurso de apelação não pode ter caráter protelatório e em seguida, no inciso II, é levantada novamente o termo “questão substancial”. O que interessa para o trabalho em relação ao §5º é a “questão substancial”, mais uma vez a inovação legislativa introduz o termo que não é claro, causando incerteza e como consequência violando ao princípio da taxatividade. Afinal, o que determina ser o recurso de apelação considerado protelatório?

⁴ Conforme ensinamentos do Instituto Fórmula: o direito penal do autor é marcado pela punição de pessoas em razão de suas **condições pessoais**, do modo de ser, grau de culpabilidade (reprovabilidade), antecedentes do autor, estilo de vida e etc. Disponível em: < <https://www.institutoformula.com.br/direito-penal-do-fato-x-direito-penal-do-autor/>>. Acesso em 15 de no. De 2020.

Já que o condenado por qualquer crime tem o direito de fazer uso deste recurso como forma de conseguir no mínimo uma reanálise da condenação, nem que seja no que tange a dosimetria da pena?

É certo que a inovação legislativa aqui debatida, carece de elementos objetivos fazendo com que o acusado possa sofrer grave violação de sua liberdade com base em uma mudança legislativa que é dotada de elevado caráter autoritário, uma vez que se fundamenta no denominado direito penal do autor, no momento da decretação da execução antecipada de pena, o que demonstra a tônica da atuação estatal brasileira no sentido de fomentar o recrudescimento penal (PASTANA, 2013). E seguindo esse raciocínio, conforme a mesma autora “é bom salientar que não é de hoje que o estado brasileiro adota uma política penal de exceção, contrária às noções de democracia e cidadania, e que coloca “a questão social como um caso de polícia” (PASTANA, 2013). Assim, o termo “questão substancial” do dispositivo em comento, além de violar a taxatividade da lei, é mais um instrumento que capaz de impulsionar um processo penal antidemocrático, tornando a política do recrudescimento penal mais forte que tem a função de atender a um regime do estado punitivo, que conforme Loic Wacquant falando sobre a política do recrudescimento, ensina:

[...] deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão (WACQUANT, 2001, p. 12).

Isto posto, o princípio da taxatividade foi violado, não apenas pela ausência de clareza do artigo provocada pelo termo (questão substancial), mas também pela omissão do legislador de não trazer critérios objetivos, no bojo do próprio artigo que fornecessem uma melhor definição para o vocábulo em análise. Sem contar, em razão de se estar a referida fundamentação legal em harmonia com a ideia de um direito penal do autor, o que claramente não pode ser admitido em uma conformação estatal de um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, faz-se necessário tecer críticas à Lei nº. 13.964/2019 no que diz respeito a uma margem patente para o direito penal de emergência e simbólico, que é aquele, segundo Rogério Sanches Cunha (2019, p. 39):

Movido pela **sensação de insegurança** presente na sociedade, o direito penal de emergência, atendendo demandas de criminalização, **cria normas de repressão**, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, **assumindo feição nitidamente punitivista**, ignorando as garantias do cidadão. Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na **opinião pública**, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e **restrições de garantias**, devolver para a sociedade **a (ilusória) sensação de tranquilidade**. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para o **Direito Penal simbólico**. (CUNHA, 2019, p. 39. Grifo nosso).

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INOVAÇÃO LEGAL DO ARTIGO 492 DO CPP

Neste momento do trabalho, serão apresentados alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal relativos à execução provisória da pena, com a finalidade de possibilitar uma melhor compreensão dos princípios já mencionados e ao mesmo tempo fomentar a ideia que tal execução é inconstitucional, tendo como parâmetro o atual posicionamento do STF.

Posto isto, ao analisar a jurisprudência sobre o tema em estudo, imprescindível é retroceder no tempo, vez que um dos julgamentos mais importantes é o do HC 84078/MG que remonta ao ano de 2009.

Deste modo, passa a análise da jurisprudência colacionada àquela época:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A **Constituição do Brasil de 1988 definiu**, em seu art. 5º, inciso LVII, que **"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"**. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de **adequados à ordem constitucional** vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar**. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: **"Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente"**. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão

de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.(STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048).

Segundo a decisão acima, no dia 05 de fevereiro de 2009, a Suprema Corte entendeu ser impossível a execução provisória da pena, pois caso fosse permitida, restariam violados os princípios constitucionais da presunção de inocência e ampla defesa, ambos consolidados na Carta Magna. É importante, compreender, portanto, que com esse julgamento, o Tribunal em comento, conferiu aos cidadãos garantias aos direitos fundamentais, pois somente poderá executar a pena após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim é o magistério do Professor Rogério Sanches Cunha (2017) sobre o tema:

Antes, no HC 84.078/MG, o tribunal havia considerado impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva). À época, asseverou o tribunal, para além do princípio da presunção de inocência, que “A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão”. (CUNHA, 2017, online).

Já no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC126.292/SP, em uma reviravolta de posicionamentos, o Tribunal passou a admitir a execução provisória da pena. Assim, segundo o Supremo Tribunal Federal, a execução provisória da pena antes de transitar em julgado a sentença condenatória não mais viola os princípios constitucionais de direito da ampla defesa e presunção de inocência. Dessa forma, um novo entendimento da Suprema Corte viria a ocorrer, assim explica o professor Aury Lopes Júnior (2018):

Contudo, tais recursos não possuem “efeito suspensivo”, o que levou – por equivocado tratamento da matéria na esfera penal – a que durante décadas houvesse uma ilegal e absurda “prisão cautelar automática” ou igualmente ilegal, execução antecipada da pena, em flagrante violação da presunção de inocência. **Em 2009, o STF corrige essa distorção e reconhece a inconstitucionalidade da “execução antecipada da pena” no HC 94.408**, Relator Min. Eros Grau, julgado em 10/02/2009, e também no HC 95.059/2009. Com isso, reafirmou-se a **presunção de inocência e a regra do direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado, exceto se houvesse periculum libertatis e fosse decretada a prisão preventiva**. Contudo, um novo reverso na história da presunção de inocência viria a ocorrer em 2016,

quando julgado o HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki: o STF mudaria de entendimento ao afirmar a possibilidade de execução antecipada da pena após a decisão de segundo grau. No referido julgamento, por 7 votos a 4, o plenário mudou a jurisprudência da corte e afirmou a possibilidade de execução da pena após a decisão condenatória confirmada em segunda instância, de forma automática e sem caráter cautelar (ou seja, mesmo não havendo *periculum libertatis*). (LOPES JÚNIOR, p. 690, 2018 – grifo nosso).

Após esse julgamento e conforme novo entendimento do Plenário, não há o que se falar em desobediência aos princípios constitucionais de direito como o da presunção de inocência, vez que o agente já teve toda a oportunidade de se defender via processo legal, que vem acontecendo desde a primeira instância. Assim sendo, explica Cunha (2017).

No julgamento, considerou-se que a prisão após a apreciação de recurso pela segunda instância não desobedece a postulados constitucionais – nem mesmo ao da presunção de inocência – porque, a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive a suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010), exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte. Não é possível, após o pronunciamento do órgão colegiado, que o princípio da presunção de inocência seja utilizado como instrumento para obstar indefinidamente a execução provisória. Considerou-se, ainda, a respeito da possibilidade de que haja equívoco inclusive no julgamento de segunda instância, que há as medidas cautelares e o *habeas corpus*, expedientes aptos a fazer cessar eventual constrangimento ilegal. (CUNHA, 2017, online).

Face à pranteada inconstitucionalidade sobre o tema, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), interveio manejando as famosas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, que visavam à devida declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código Processual Penal.

Assim, segundo o artigo 283 introduzido pela Lei nº. 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011 dispunha que:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL. Código de Processo Penal. Brasília. Diário Oficial, 1941 – grifo nosso).

Nessa guisa, a (OAB) tentou evitar que os efeitos da decisão, assumida no julgamento do HC 126.292/SP, fossem consolidados. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, ratificou o próprio entendimento sobre o tema. Desta maneira, o propósito da Ordem dos Advogados não foi atingido, visto que o STF atribuiu ao artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro interpretação conforme a Constituição.

Dessa forma, segundo Cunha (2017):

Contrariamente à implantação da medida, o grande obstáculo que se opunha era o princípio da presunção de inocência. Argumentava-se que sem o trânsito em julgado a execução da pena infringia o disposto no art. 5º, LVII, da CF, contrariando postulados de direito penal garantista.

Considerou-se, no entanto, que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente. (CUNHA, 2017, online).

Para uma melhor compreensão acerca do tema, deve ser lembrado o memorável julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidades, as chamadas “ADC’s 43, 44 e 54”, no ano de 2019, mais precisamente no dia 7 de novembro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu e finalizou o julgamento de tais ações de constitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade, feito pelo pleno do Tribunal. Deste modo, as ADC’s tinham como objetivo harmonizar o artigo 283 do Código Processual Penal com a Constituição Federal de 1988.

Isto posto, julgamento em comento, com acirrado placar de 6 x 5, e com o voto de minerva do Ministro Dias Toffoli, à época Presidente da Suprema Corte, decidiu-se pela constitucionalidade do artigo 283, *caput* do Código Processual Penal, desta forma, a execução provisória da pena privativa de liberdade não está inserida no artigo 283 do CPP. Destarte, vejamos o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento em estudo:

O ministro Marco Aurélio afirmou que as ADCs 43, 44 e 54 versam o reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 do CPP, no que condiciona o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado do título condenatório, tendo em vista o figurino do art. 5º, LVII, da Constituição Federal (CF) (4). Assim, de acordo com o referido preceito constitucional, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas:** a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A CF consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do art. 312 do CPP e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva. O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, observada a situação veiculada: pretende-se a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da CF. Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, por meio da Lei 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da CF, adequando-se à óptica então assentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 84.078, julgado em 5 de fevereiro de 2009, segundo a qual “**a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar**”. Também não merece prosperar a distinção entre as situações de inocência e não culpa. A execução da pena fixada por meio da sentença condenatória pressupõe a configuração do crime, ou seja, a verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. **Assim, o implemento da sanção não deve ocorrer enquanto não assentada a prática do delito. Raciocínio em sentido contrário implica negar os avanços do constitucionalismo próprio ao Estado Democrático de Direito. O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela CF, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do art. 283 do CPP não comporta questionamentos.** O preceito consiste em reprodução de cláusula pétreia cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores. Em cenário de profundo

desrespeito ao princípio da não culpabilidade, sobretudo quando autorizada normativamente a prisão cautelar, não cabe antecipar, com contornos definitivos – execução da pena –, a **supressão da liberdade. Deve-se buscar a solução consagrada pelo legislador nos arts. 312 e 319 do CPP, em consonância com a CF e ante outra garantia maior – a do inciso LXVI do art. 5º: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”**. (STF – Informativo nº 957, ADC’s 43,44 e 54, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello, Plenário, julgado em 21 de outubro de 2019. – grifos nossos).

Assim, passa a ser inadmissível qualquer outra interpretação do artigo 283 do CPP, ou seja, apenas é aceitável interpretá-lo literalmente. Dessa forma, em sua literatura, não se pode falar em prisão antecipada da pena antes de transitar em julgado sentença condenatória definitiva. Segundo explica o Promotor e autor de processo penal, Leonardo Barreto Alves:

Desse modo, com a decisão de procedência destas ADCs, o STF, em essência, reconhece que a execução provisória da pena privativa de liberdade não está prevista no art. 283 do CPP, que é constitucional, daí porque ela ofende a presunção de inocência insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna Federal. Importante frisar que a decisão em comento foi proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual seus efeitos são vinculantes e *erga omnes*, encerrando, portanto, ao menos por ora, a discussão deste tema. (ALVES, 2019, online).

Para o Ministro Celso de Mello, no julgamento das (ADC’s) de 2019, a execução provisória da pena é uma “execução prematura”, assim, o Eminentíssimo Ministro, ao concluir seu voto, formulou 10 (dez) razões para sua fundamentação, dentre elas destaca-se o caráter do princípio da presunção de inocência e a Constituição Federal de 1988. Assim, conforme o ministro:

(1) a presunção de inocência qualifica-se como **direito público subjetivo, de caráter fundamental**, expressamente contemplado na Constituição da República (art. 5º, inciso LVII); (2) o estado de inocência, **que sempre se presume, cessa com a superveniência do efetivo e real trânsito em julgado da condenação criminal, não se admitindo, por incompatível com a cláusula constitucional que o prevê, a antecipação ficta do momento formativo da coisa julgada penal**; (3) a presunção de inocência não se reveste de caráter absoluto, em razão de constituir presunção “*juris tantum*”, de índole meramente relativa; (4) **a presunção de inocência não se esvazia progressivamente**, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição, pois só deixa de subsistir quando resultar configurado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; (5) o postulado do estado de inocência não impede que o **Poder Judiciário utilize, quando presentes os requisitos que os legitimem, os instrumentos de tutela cautelar penal, como as diversas modalidades de prisão cautelar** (entre as quais, p. ex., a prisão temporária, a prisão preventiva ou a prisão decorrente de condenação criminal recorrível) ou, então, quaisquer outras providências de índole cautelar diversas da prisão (CPP, art. 319); (6) a Assembleia Constituinte brasileira, embora lhe fosse possível adotar critério diverso (como o do duplo grau de jurisdição), optou, soberanamente, com apoio em escolha política inteiramente legítima, pelo critério técnico do trânsito em julgado; (7) a exigência de trânsito em julgado da condenação criminal, que atua como limite inultrapassável à subsistência da presunção de inocência, não traduz singularidade do constitucionalismo brasileiro, pois foi também adotada pelas vigentes Constituições democráticas da República Italiana de 1947 (art. 27) e da República Portuguesa de 1976 (art. 32, n. 2); (8) a execução provisória (ou antecipada) da sentença penal condenatória recorrível, por fundamentar-se, artificialmente, em uma antecipação ficta do trânsito em julgado, culmina por fazer prevalecer, de modo indevido, um prematuro juízo de culpabilidade, frontalmente contrário ao que prescreve o art. 5º, inciso LVII, da Constituição; (9) **o reconhecimento da possibilidade de execução provisória da condenação criminal recorrível, além de inconstitucional, também transgride e ofende a legislação ordinária, que somente admite a efetivação executória da pena após o trânsito em julgado da**

sentença que a impôs (LEP, arts. 105 e 147; CPPM, arts. 592, 594 e 604), ainda que se trate de simples multa criminal (CP, art. 50, LEP, art. 164); e (10) as convenções e as declarações internacionais de direitos humanos, embora reconheçam a presunção de inocência como direito fundamental de qualquer indivíduo, não estabelecem, quanto a ela, a exigência do trânsito em julgado, o que torna aplicável, configurada situação de antinomia entre referidos atos de direito internacional público e o ordenamento interno brasileiro e em ordem a viabilizar o diálogo harmonioso entre as fontes internacionais e aquelas de origem doméstica, o critério da norma mais favorável (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 29), pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna conseqüentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem perseguição criminal. (STF – Informativo nº 957, ADC's 43,44 e 54, Ministro José Celso de Mello Filho Plenário, julgado em 21 de outubro de 2019).

Compreender todos esses julgamentos em relação à execução provisória da pena é necessário, uma vez que, com a entrada da Lei nº 13.964/19, a discussão sobre a antecipação da prisão retorna. É precoce, mas alinhado ao atual entendimento do STF, é possível admitir eventual inconstitucionalidade da execução provisória em comento, seja pelos motivos apresentados neste trabalho sobre a violação dos supracitados princípios constitucionais, seja pelos motivos apresentados neste tópico que coadunam o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal.

Em lógica decorrente do narrado acima, a Lei nº 13.964/19, que possibilitou o encarceramento dos condenados no Tribunal do Júri a penas iguais ou maiores de 15 (quinze) anos de privação de liberdade pela prática de crimes contra a vida, não coaduna com o que a Suprema Corte decidiu com o julgamento das (ADC's) 43, 44 e 54. Assim, evidente é patologia material da Lei em estudo.

Segundo LIMA, discorrendo sobre o Tribunal do Júri, esclarece:

O Tribunal do Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (LIMA, 2016, p. 1787).

Conforme o insigne jurista, o Tribunal do Júri é órgão de primeiro grau, embora seja composto por um “colegiado”, mas o que interessa para o tema é tão somente a questão de ser o Tribunal do Júri órgão de 1º grau, assim, não é razoável executar antecipadamente uma pena no Tribunal do Júri, conforme as inovações legislativas já mencionadas, ao passo que, no próprio Supremo Tribunal Federal, ou seja, órgão de 2º grau e de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista que a matéria é obstada, pois viola o princípio da presunção de inocência, conforme as recentes decisões das ADC's 43,44 e 54. Sob esse prisma, o renomado processualista Aury Lopes Júnior, pontua:

[...] se o STF já reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada após a decisão de segundo grau, com muito mais razão é inconstitucional a execução antecipada após uma

decisão de primeiro grau (o tribunal do júri é um órgão colegiado, mas integrante do primeiro grau de jurisdição). (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 920).

Ademais, àqueles que defendem ser possível a prisão provisória da pena no Tribunal do Júri amparados no argumento da soberania dos veredictos, laboram em erro, pois a soberania do júri deve caminhar paralelamente com o duplo grau de jurisdição, o júri, muitas das vezes, é composto por pessoas leigas e com isso, pode resultar em erros em seus veredictos. Deste modo, conforme ensinamento do jurista Eugênio Pacelli:

A soberania da decisão do tribunal popular precisa ceder, nesse momento, sob a ótica da possibilidade de execução da pena, à garantia mínima do uso de um recurso (facultativo que sempre é) em grau ordinário de apelação (raciocínio que não se aplica quando de tratar de competência originária de tribunais formada por juízes togados). (PACELLI, 2019, p. 843).

Outrossim, forçoso é salientar que existem mecanismos inseridos no código processual penal brasileiro que são mais adequados e aceitos constitucionalmente, que não violam princípios de um Estado de Direito. Deste modo, apenas poder-se-ia falar em prisão antecipada da pena, quando contiverem os pressupostos da cautelaridade da medida, nos moldes dos artigos 283, 312, §2º e 315, todos do CPP. Neste contexto, conforme Lopes Jr. (2020, p. 920): tratando do assunto:

[...] ao não se revestir de caráter cautelar, sem, portanto, analisar o **periculum libertatis e a necessidade efetiva da prisão, se converte em uma prisão irracional, desproporcional e perigosíssima**, dada a real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário).

Da mesma maneira, o jurista Paulo Queiroz (2020), corroborando o ponto de vista defendido durante o trabalho, leciona que:

Semelhante previsão (prisão preventiva obrigatória), **além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional**, visto que: 1) ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2) viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3) **estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade** penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4) o só fato de o réu sofrer uma condenação **mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado**, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: **Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.** (QUEIROZ, 2020, online).

Dessa forma, se for o caso de recolhimento do apenado para a prisão deve o ser feito apenas diante da necessidade, utilizando-se assim as cautelares, pois, princípios como o da presunção de inocência, é algo valioso e caro para um país democrático. Logo, relativizar o princípio da não

culpabilidade é trabalhar com um sistema de processo penal arcaico, primitivo, antidemocrático e punitivista, que por óbvio caminha no sentido apresentado por PASTANA (2013), qual seja: o de fomentar um Estado autoritário e baseado no recrudescimento penal.

Em virtude dos fatos mencionados, o Supremo Tribunal Federal tem o dever, de combater o “desarranjo jurídico” que é a execução provisória da pena, independentemente de valor ideológico, sentimento social ou pressão política, pois o que está em jogo, são as regras do Estado Democrático de Direito, e esse é o ideal de regime de governo que tem que prevalecer, visto que a dignidade da pessoa humana é sua consequência lógica e fundamento sob o qual erige o Estado brasileiro.

Todavia, em que pese o último julgamento das ADC's 43,44 e 54 no ano de 2019, em que segundo o STF foi reconhecido “que a execução provisória da pena privativa de liberdade não está prevista no art. 283 do CPP, que é constitucional, vez que ofende ao princípio da presunção de inocência insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Constituição federal, tal problemática não está decidida definitivamente, uma vez que há um Recurso Extraordinário em sede de “repercussão geral” inconcluso – RE 1.235.349, nesse sentido, conforme orienta Pedro de Oliveira Magalhães (2020, online):

[...] Discussão que será travada diz respeito à constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e” e parágrafos 4º, 5º e 6º, inseridos pelo Pacote Anticrime. Isso porque, em 07 de novembro de 2019, em uma reviravolta jurisprudencial, o STF julgou procedente as ADCs 43, 44 e 54, declarando constitucional o artigo 283 do CPP e afastando a possibilidade de execução provisória da pena em nossa ordem jurídico-penal.

Na referida decisão, o STF reconheceu “que a execução provisória da pena privativa de liberdade não está prevista no art. 283 do CPP, que é constitucional, daí porque ela ofende a presunção de inocência insculpida no art. 5º, inciso LVII, da Carta Magna Federal.[3]”.

Antes deste julgado, todavia, no julgamento do HC 144712, a Primeira Turma do STF havia decidido que “não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso”[4]. Por outro lado, também na jurisprudência do STF, nos HC 174.759, HC 176.229 e HC 163.814 foram proferidas decisões contrárias à execução provisória da pena em razão de condenação pelo Tribunal do Júri[5]. Registre-se que todas estas decisões foram proferidas anteriormente ao advento do Pacote Anticrime, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

O tema, portanto, não está pacificado no âmbito do STF, mesmo após a decisão proferida nas ADCs 43, 44 e 54, estando a matéria pendente de julgamento no RE 1.235.349 (repercussão geral). Neste recurso, por enquanto, há dois votos favoráveis à execução provisória da pena no Tribunal do Júri (Ministros Roberto Barroso (Relator) e Dias Toffoli) e um voto contrário (Min. Gilmar mendes). Pediu vista dos autos o Min. Ricardo Lewandowski.

Ora, face às considerações aduzidas, indiscutível é a inconstitucionalidade da alteração trazida pela Lei nº. 13.964/19 em estudo, pois viola o princípio do estado de inocência, da taxatividade, fomenta o direito penal do autor assim como também vai na contramão do que foi estabelecido pelo STF e já mencionado durante este capítulo do trabalho.

CONCLUSÃO

O presente trabalho ocupou-se de discorrer sobre a hipótese da nova sistemática da execução antecipada da condenação em sede do Tribunal do Júri, um tema complexo, desafiador e novo, tendo em vista que a edição da Lei 13.964 foi no final do ano 2019. Assim, muito embora poucos juristas renomados dissertaram sobre o tema, e também escassa jurisprudência, o trabalho foi desenvolvido de maneira a poder contribuir de alguma forma para aqueles interessados sobre o assunto.

Assim, com a inovação e alteração legislativa do artigo 492, do Código Processo Penal, ocorrida em função da Lei nº. 13.964/2019, ordinariamente chamada de “Pacote Anticrime”, possibilitando ao acusado condenado a pena privativa de liberdade igual ou maior que 15 (quinze) anos em sede do Tribunal do Júri, portanto crimes dolosos contra a vida, a ter de cumprir essa punição de maneira imediata, antes do trânsito em julgado da condenação, ou mesmo da realização de qualquer julgamento em sede de 2ª instância pelo Tribunal *ad quem*. Foi demonstrado durante a pesquisa que tais mudanças legislativas da Lei nº 13964 de 2019 são inconstitucionais, pois violam ao mesmo tempo o princípio da presunção de inocência, assim como também o princípio da taxatividade.

No que se refere ao à presunção de inocência, embora no Brasil tal princípio está inserido expressamente no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, a modificação introduzida pela lei em comento, que permitiu a execução antecipada em estudo, fez com que o princípio da presunção de inocência fosse violado. Pois, conforme depreende da simples leitura do Texto Constitucional (CF) “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII)”, revela o óbvio: para que possa executar uma pena, deve respeitar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ademais, só é permitido a execução antecipada da pena quando presentes os requisitos das cautelardades, como foi demonstrado durante o trabalho. Nesse sentido, a inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e” está evidente.

Para dar mais substrato a ideia que foi defendida em relação à inconstitucionalidade do artigo 492, I, “e” do (CPP), durante a pesquisa também foi explorado acerca do recente e atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (antecipação da execução da pena), segundo o qual, é impossível executar antecipadamente uma pena para os condenados já em sede de 2º instância antes do trânsito em julgado.

Nessa linha de raciocínio, se o próprio STF, que é órgão de cúpula do Poder judiciário brasileiro, já se manifestou sobre a impossibilidade da execução em 2º instância, razão maior assiste para a mesma impossibilidade no que diz respeito o Tribunal do Júri, não importando a quantidade de anos que o acusado for condenado, vez que o Tribunal do Júri é órgão de 1º grau.

Outro tópico de suma importância que o trabalho também procurou demonstrar, foi relacionado à inconstitucionalidade da inovação legislativa, mais precisamente em seus pontos do artigo (492, §3 e §5, II), haja vista que estão em desconformidade com o princípio da taxatividade.

Desta maneira, é necessário fazer algumas considerações, quanto a taxatividade da lei. Nesse passo, conforme foi explorado na pesquisa, a taxatividade é o princípio que busca impedir que as novas leis entrem no mundo jurídico dotadas de incertezas e imprecisões, assim, exige-se que o legislador tenha a maior clareza possível quanto da elaboração das mesmas, evitando-se assim que o novo dispositivo legal ao entrar no mundo jurídico tenha margens para interpretações vagas e ambíguas.

Nesse sentido, com o advento da Lei nº. 13.964/2019, no que diz respeito ao seu artigo 492, §3 e §5, foi utilizada a expressão “questão substancial” e como já demonstrado em tópico próprio da pesquisa, tal expressão viola o princípio da taxatividade, haja vista que a sua interpretação é imprecisa, ou seja, não é clara, e dessa forma, com a nova redação do artigo, motivou grande preocupação, porquanto o dispositivo em apresso afronta cabalmente a taxatividade da lei e por conseguinte gera indisfarçável insegurança jurídica, sendo um campo fértil para o direito penal do autor, conforme também explicado em tópico específico.

Assim sendo, ante todo o exposto acima, é cabal a conclusão no sentido de que a inovação da Lei nº. 13.964 de 2019 é inconstitucional em seu dispositivo que permite a execução antecipada da pena em sede de Tribunal do Júri por violar o princípio da presunção de inocência, assim como também é inconstitucional em seu artigo 492, §3 e §5, II, por violarem o princípio da taxatividade da lei, uma vez que trouxeram a nomenclatura “questão substancial”, prejudicando a interpretação da lei pela falta de clareza e com isso fazendo germinar a insegurança jurídica no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Análise jurídica da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade**. Meu Site Jurídico, São Paulo, 18 nov. 2019. <Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/11/18/analise-juridica-da-decisao-stf-sobre-inconstitucionalidade-da-execucao-provisoria-da-pena-privativa-de-liberdade/>>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BITENCOURT. César Roberto. Tratado de Direito Penal Volume 1: (Parte Geral Arts. 1º ao 120). 25ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- BONFIM. Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal: 13ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- BRASIL. Decreto – Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 ago. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84078/MG, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. HC84078/MG. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>> Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 957. ADC's 43,44 e 54, Plenário do STF, Brasília, DF, 21 de outubro de 2019. **Lex: stf.jus.br**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo957.htm>>. Acesso em: 26 set. de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Execução provisória da pena. **Meu Site Jurídico**. São Paulo, 7 de fev. 2019. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/execucao-provisoria-da-penal/>>. Acesso em: 02 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 7ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

FERNANDES, Lara Teles. **Por que execução imediata das condenações do Júri é inconstitucional**: Partes 1 e 2. Revista Consultor Jurídico: ConJur, [s. l.], 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/execucao-imediata-condenacoes-juri-inconstitucional>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva jur, 2018.

LUIZI, Luís. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª edição. Porto Alegre: SAFeditor, 2003.

MAGALHÃES, Pedro de Oliveira. **Da possibilidade de execução provisória da pena no Tribunal do Júri (art. 492 do CPP)**. Meu Site Jurídico, São Paulo, 8 out. 2020. <Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/08/da-possibilidade-de-execucao-provisoria-da-pena-no-tribunal-juri-art-492-cpp/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral Arts. 1º ao 120 do Código Penal**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Gen, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Forense Gen, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Gen, 2020.

PASTANA, Débora Regina. Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo. **CIVITAS - REVISTA DE CIÊNCIAS SOCIAIS**, v. 13, n. 1, p. 27-47, 8 ago. 2013. Disponível em <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/9039>>. Acesso aos 16 nov. 2020.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos EUA. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

recebido em: outubro 2020
aprovado em: dezembro 2020