

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “e”, DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTE A ALTERAÇÃO DA
SUA REDAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME: UMA
ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Thiago Yuri de Sousa Pessoa

Santa Rita – PB

2021

THIAGO YURI DE SOUSA PESSOA

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “e”, DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTE A ALTERAÇÃO DA
SUA REDAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME: UMA
ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Ciências Jurídicas do
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Neto Barreto Junior

Santa Rita/PB
Dezembro de 2021

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

P475i Pessoa, Thiago Yuri de Sousa.

Da inconstitucionalidade do artigo 492, I, ?e?, do Código de Processo Penal ante a alteração da sua redação pelo Pacote Anticrime: uma análise à luz do Princípio da presunção da inocência. / Thiago Yuri de Sousa Pessoa. - Santa Rita, 2021.

52 f.

Orientação: José Neto Barreto.
TCC (Graduação) - UFPB/DCJ Santa Rita.

1. Inconstitucionalidade. 2. Processo Penal. 3.
Pacote anticrime. I. Barreto, José Neto. II. Título.

UFPB/DCJ

CDU 34

THIAGO YURI DE SOUSA PESSOA

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “e”, DO
CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANTE A ALTERAÇÃO DA
SUA REDAÇÃO PELO PACOTE ANTICRIME: UMA
ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Departamento de Ciências Jurídicas do
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: José Neto Barreto Junior

Aprovado em: 07/12/2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. JOSÉ NETO BARRETO JUNIOR (ORIENTADOR)

Prof. Me. Wendel Alves Sales Macedo (AVALIADOR)

Prof. Me. Nayara Toscano de Brito (AVALIADOR)

DEDICATÓRIA

Dedico àqueles que vêm me apoiando ao longo da minha jornada em busca do aperfeiçoamento. Em especial, aos meus pais Jean Paul e Olizélia Ferreira, às minhas avós Josélia de Sousa e Iolanda Pessoa, à minha irmã Camila Pessoa e à minha namorada Williane Rocha.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, meus agradecimentos especiais ao professor José Neto Barreto Júnior, por se mostrar sempre solícito no exaurimento das infindáveis dúvidas que tive no curso da elaboração deste trabalho. Agradeço também à Williane Rocha por nunca me deixar desistir dos meus objetivos nos momentos mais difíceis.

RESUMO

Tendo em vista as diversas alterações no Código de Processo Penal por intermédio do Pacote Anticrime, representando um marco normativo ao desdenhar dos princípios basilares do Direito, bem como dos fundamentos alicerces do Estado Democrático de Direito, justifica-se a presente pesquisa sobre a constitucionalidade do artigo 492, I, “e”, e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, a fim de perceber a antipatia deste dispositivo às normas constitucionais e internacionais de direitos humanos como produto de uma inadequada manifestação legislativa. O principal desconcerto favorecido pela citada norma vincula-se na possível execução provisória e imediata da pena em caso de condenação criminal proferida pelo Tribunal do Juri, em sendo igual ou superior a 15 (quinze) anos, o que é no mínimo curioso quando percebemos o fato de que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que após uma condenação em segunda instância, não é possível a execução provisória da pena, dessa forma, logicamente ainda mais irracional que isso seja possível após uma decisão dada pelo tribunal de piso.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Processo Penal. Tribunal do Juri. Direitos Humanos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
1.1 OBJETIVOS	8
1.1.1 GERAL	8
1.1.2 ESPECÍFICOS	8
1.2 PROBLEMÁTICA E DEFINIÇÃO DO PROBLEMA.....	8
1.3 METODOLOGIA	11
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	12
2.1 O PROBLEMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	16
2.2 A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	25
3 INTRODUÇÃO AO TRIBUNAL DO JURI.....	33
3.1 O PRINCIPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS DO JURI.....	36
4 A CRISTALINA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA PROPORCIONALIDADE, DA COERÊNCIA, UNIDADE E COMPLETITUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	41
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O cerne da discussão desta monografia é caracterização da cristalina inconstitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, cuja alteração de sua redação se deu mediante a promulgação da Lei nº 13.964/2019, comumente referida como “pacote anticrime”.

O principal desconcerto favorecido pela citada norma vincula-se na possível execução provisória e imediata da pena em caso de condenação criminal proferida pelo Tribunal do Juri, em sendo igual ou superior a 15 (quinze) anos.

De acordo com o que será exposto, salta aos olhos o ostensivo vício de inconstitucionalidade, violando de modo manifesto o princípio constitucional da presunção de inocência, sedimentado no artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que versa “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não estando afastadas deste princípio as decisões sentenciantes do Tribunal do Juri, visto que são recorríveis e em nada diferem das demais sentenças condenatórias de primeiro grau.

Em momento anterior à vigência da Lei nº 13.964/2019, mais precisamente aos sete dias do mês de novembro de 2019, foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, em plenário, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade de número 43, 44 e 54.

Nesta ocasião, foi reconhecido o inevitável entendimento de que só pode ter início o cumprimento da pena quando do esgotamento de todos os recursos cabíveis, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, em que pese a relevância do tema e seu impacto nas vidas de milhares de brasileiros sujeitos ao rito do grandioso Tribunal das Lágrimas, bem como na segurança jurídica de todos os nacionais, até o presente momento não foi sanado o amargo vício que será concedido em suas vísceras ao leitor desta obra acadêmica.

Inicialmente, quando confrontado com a escolha de um tema a ser abordado na minha monografia, por afinidade e prática durante frutífero estágio em um escritório particular de advocacia criminal, não poderia ter me direcionado a outra área do Direito que não o Direito Penal e seus correlatos.

Com o tema apresentado, é possível uma discussão que transita livremente entre Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional e Direito Convencional, além de ser oferecida a oportunidade de tratar do estimado Tribunal do Juri, pelo qual carrego imenso apreço desde meu primeiro contato com Direito.

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 GERAL

O objetivo principal do trabalho consiste em evidenciar a inconstitucionalidade da alteração do artigo 492 do Código de Processo Penal trazida pela Lei nº 13.964/2019. Para atingir essa meta, os objetivos específicos serão delineados a seguir.

1.1.2 ESPECÍFICOS

- a) Desenvolver o princípio da presunção de inocência.
- d) Introduzir a problemática do Tribunal do Juri
- g) Evidenciar a violação à isonomia, proporcionalidade, coerência, unidade e completude do ordenamento jurídico nacional.

1.2 PROBLEMÁTICA E DEFINIÇÃO DO PROBLEMA

A garantia da presunção de inocência, asseverada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, teve, historicamente, seu acolhimento em diversos regramentos internacionais garantidores dos direitos humanos.

Tal proteção teve início quando da aprovação pela Assembleia Nacional francesa, em 1798, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, versando seu 9º artigo que “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado [...]”.

Em 10 de dezembro de 1948, com a aprovação e proclamação na 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fora novamente assegurado o princípio da presunção de inocência no título XI.1 “Todo ser humano

acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei [...].”

No mesmo sentido, agiram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 4 de novembro de 1950, em seu artigo 6.2, formando, segundo o autor Mario Pisani na obra *Manuale di Procedura Penale. 8 ed. Bologna. Monduzzi*, 2008, p. 19. os “cânones europeus do justo processo penal”; O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, mediante o seu artigo 14.2; A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de dezembro de 1969 em seu artigo 8.1.

Segundo o entendimento de Aury Lopes Júnior, a importância do princípio da presunção de inocência é tamanha que: “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 79).

Insta ressaltar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi promulgado internamente no Brasil por meio do Decreto de nº 592, de 6 de julho de 1992, ato contínuo, também foi integrada ao ordenamento jurídico nacional a Convenção Americana de Direitos Humanos em face do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de demonstrar a sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. (ALENCAR, TÁVORA, 2016 p.45)

Em que pese a indiscutível presença do princípio da presunção de inocência, Amilton Bueno de Carvalho leciona que de tão basilar e necessário a um julgamento justo, mesmo que não estivesse expressamente normatizado na nossa Constituição ou nos inúmeros dispositivos internacionais, ainda seria uma garantia fundamental, entendendo o professor que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum” (CARVALHO, 2001, p. 51).

A princípio, embora comumente se tente justificar a instituição do Tribunal do Juri em institutos de épocas clássicas, seja Roma, Grécia ou Palestina, não se pode observar relação entre os julgamentos populares da antiguidade e o Tribunal do Juri que hoje conhecemos, afinal,

leciona Fragoso em FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Questão do Júri. In: Revista Forense. nº 193, 1961, p. 20, que os anteriores “são apenas formas de participação do povo nos julgamentos, as quais se explicam pela deficiência do aparelho judiciário, constituindo manifestações primitivas da administração da justiça”

O Tribunal do Júri e sua soberania são figuras intrínsecas ao exercício da democracia, figurando essencialmente enquanto uma forma de resistência aos abusos do Estado. Adel El Tasse, em TASSE, Adel El. Tribunal do Júri. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23; p. 25, nesta senda assevera que “os críticos do Tribunal do Júri são críticos da própria democracia”, bem como que, “por detrás dos argumentos retoricamente insinuantes das razões contrárias à atuação popular na administração da justiça, esconde-se o germe do autoritarismo”.

Em pesquisas preliminares sobre o tema me deparei com artigos, monografias e demais exposições sobre o tema abordado nesta monografia, no entanto, percebi um choque quando das teses expostas, visto que a maioria esmagadora defendia a execução provisória da pena antes mesmo do Tribunal julgar a apelação interposta pela defesa.

Quanto ao argumento central para tal: “eventual recurso de apelação não permite que o Tribunal reforme a decisão dos jurados”. Às referidas teses, esta pesquisa trará a elucidação necessária nos termos a serem expostos doravante.

A manutenção da normativa presente no artigo 492, inciso I, alínea “e”, e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal se trata de clara ameaça ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CF), vai de encontro à decisão do STF nas ADCs 43, 44 e 45, viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade, desrespeita a coerência, a unidade e a completude do ordenamento jurídico brasileiro (artigos 282 e 313, §2º, CPP), evidenciando manifesta inconstitucionalidade, ilegalidade e imoralidade.

Portanto, se faz necessária a desintegração dos argumentos punitivistas, populistas e essencialmente políticos que mantém de pé tamanha ofensa ao ordenamento jurídico nacional.

Traz, portanto, a presente monografia a resposta para a questão fundamental: Por que o artigo 492, Inciso I, alínea “e”, e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal são inconstitucionais?

1.3 METODOLOGIA

Esta tese é caracterizada como exploratória, buscando a demonstração da inconstitucionalidade referida anteriormente.

Quanto à abordagem, o presente estudo se enquadra na categoria qualitativa, considerando que analisará argumentações controversas em busca de uma fundada análise subjetiva do tema.

Por fim, quanto ao procedimento de coleta de dados, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental. Primeiro porque se presta a utilização de fontes secundárias de forma a analisar conceitos e segundo considerando que também possui como objeto correntes jurisprudenciais (decisões), bem como a exposição de argumentos favoráveis e contrários aos expostos.

No primeiro capítulo foi desenvolvida a base necessária ao entendimento pleno do princípio da presunção de inocência, trazendo uma análise técnica dos seus elementos e das garantias oriundas deste basilar do Direito Penal.

Foi discutido também o problema da execução provisória da pena, ao passo em que se evidenciou sua contrariedade aos pilares do estado democrático de direito. Debateu-se, por fim, sobre a natureza dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o desenvolvimento histórico de sua aceitação bem como a qualidade de sua força na forma do acolhimento internacional dos princípios perpetrados por estes tratados.

No segundo capítulo foi abordada a natureza do Tribunal do Juri, sua história, seus atores, bem como as qualidades previsíveis e inerentes a cada um dos imbuídos da teatralidade. Em momento seguinte foi definido o princípio da soberania dos vereditos do júri com o intuito de desautorizá-lo enquanto fundamento da inconstitucionalidade aqui discutida.

No terceiro capítulo se demonstrou os desdobramentos da discussão quanto à inconstitucionalidade do artigo 492, Inciso I, alínea “e”, e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, na medida em que, além do anteriormente discutido ataque ao princípio da presunção de inocência e às normas internacionais das quais o Brasil é signatário, foi explicitada a violação aos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da coerência, unidade e completude do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que foi exaurido o tema com a cristalina demonstração da indiscutível inconstitucionalidade do dispositivo atacado.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

É cediço que para que se possa reconhecer a autoria delitiva em determinada sequência de fatos há a exigência de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Isso se dá em decorrência do princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, acolhido no ordenamento jurídico pátrio notoriamente pelo artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Ou seja, antes que se faça presente nos autos o reconhecimento concreto da autoria delitiva, mister se faz o reconhecimento do acoimado como inocente na plenitude do seu significado. Cabe, portanto, ao acusador, a integridade da demonstração de eventual culpa.

Decorrem do princípio da presunção de inocência dois fundamentos essenciais, quais sejam a máxima de que ninguém será considerado culpado senão depois de sentença transitada em julgado e o instituto do *in dubio pro reo*. Ambos recebem guarida em sede do artigo 386, VI e VII do Código de Processo Penal.

É evidente, portanto, que no embate entre o *jus puniendi* estatal e a liberdade do acoimado, a liberdade precisa ter sua razão assistida. O papel do princípio da presunção de inocência, nessa senda, é de mitigação parcial do princípio da isonomia processual, sendo o principal motivador para tal relação a liberdade do acoimado, sendo os riscos de uma condenação equivocada mais indesejáveis do que a condenação de um culpado.

Com esse condão, leciona Renato Brasileiro que:

Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, pois, em juízo de ponderação, o primeiro erro acaba sendo menos grave que o segundo (BRASILEIRO DE LIMA, 2012, pg. 13).

Nesse sentido, entende Aury Lopes Junior que a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada, existindo uma presunção que deve ser destruída pelo acusador.

Dessa maneira, é evidente a importância do princípio da presunção de inocência na proteção do réu.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, em sua obra Manual de Processo Penal, o Princípio da Presunção de Inocência:

Consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (BRASILEIRO DE LIMA, 2012, pg. 11).

A presunção de inocência, como tratada nos dias de hoje, possui suas raízes fincas à Declaração Francesa dos Direitos do Povo e dos Cidadãos de 1789. Em seu 9º artigo somos apresentados à noção de que todos são considerados inocentes até que declarados culpados.

Dessa forma, o princípio teve seu nascimento em honra aos valores sustentados pelo iluminismo, indo de encontro ao regime puramente inquisitorial que permeava a Europa pré-revolução burguesa.

Essa garantia assegurava e ainda assegura a essência de um julgamento justo, onde o acusado tem a oportunidade de atender a todos os seus direitos basilares enquanto no curso de um processo criminal.

Observa-se então que a adoção do princípio da presunção de inocência demonstra acima de tudo o respeito às liberdades individuais de todos os cidadãos, podendo apenas em casos excepcionais serem restringidos esses direitos.

Ainda no presente cerne encontra-se o instituto do *in dubio pro reo*. É mediante este princípio que se entende o dever probatório da culpabilidade do réu enquanto responsabilidade da parte acusadora, devendo o acusador comprovar a culpabilidade do acusado com base em provas trazidas à baila do contraditório e da ampla defesa de forma a não restar nenhuma dúvida, sob pena de não incriminação do acoimado.

Importante salientar que o princípio do *in dubio pro reo* tem sua aplicação viável durante todo o curso do processo judicial, ou seja, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Após esse momento, em eventuais ações de revisão criminal, se faz presente o *in dubio contra reo*, sendo responsabilidade do pleiteante a prova de sua inocência.

Mesmo que não se possa presumir a culpa do réu antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, existe a possibilidade da restrição da sua liberdade, como *ultima ratio*, em caráter cautelar, desde que estejam presentes os pressupostos legais.

Ocorre que em regra, deve o acoimado ser submetido ao curso da instrução criminal em liberdade, em respeito ao princípio da presunção de inocência. No entanto, a prisão preventiva pode se dar em casos excepcionais, desde que em pleno e inequívoco respeito aos requisitos do

artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, pela conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Entretanto, insta salientar que, nessa senda, a mera invocação de um ou mais desses requisitos não merece guarida quando da decretação de prisão preventiva, sendo absolutamente necessário que nos autos estejam presentes provas concretas e pertinentes a qualquer que seja o requisito invocado, sob pena de ausência de fundamentação e constrangimento ilegal, vide julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A falta de demonstração, efetiva e concreta, das causas legais da prisão preventiva, caracteriza constrangimento ilegal manifesto, tal como ocorre quando o Juiz se limita a invocar, sem mais, o temor da comunidade e a probabilidade de repetição do ilícito, sem base em qualquer fato concreto. 2. Ordem concedida. (STJ. HC nº 43271/RS. 6ª Turma. Rel. Hamilton Carvalhido. publ. 14/08/2006)”

Então, depreende-se que de nada vale o convencimento pessoal do magistrado, sendo irrelevante mera suposição ou suspeita.

Dessa forma, em respeito ao princípio da presunção de inocência, quando do decreto da prisão preventiva, deve o magistrado fundamentar propriamente tal medida extrema, levando em consideração as provas apuradas no processo, ou seja, sob o manto da ampla defesa e do contraditório.

Da mesma forma, não pode o magistrado determinar a prisão preventiva do acusado com base em um dos requisitos supracitados e fundamentar o decreto prisional com a devida fundamentação de outro requisito. Por exemplo, “se impõe a prisão por conveniência da instrução criminal, já que o réu se encontra em local incerto e não sabido”.

Nesse caso, a título de explicação, esse fundamento não serve ao requisito invocado, de maneira que o intuito dessa prisão preventiva é trazer o acusado ao processo, deveria então ser utilizado o requisito da garantia da aplicação da lei penal, não o requisito da conveniência da instrução criminal.

Ainda nesse caso, outro desdobramento do princípio da presunção de inocência é que a simples presunção de que o acoimado está em local incerto e não sabido para se afastar do estado de culpa não é suficiente para autorizar a prisão preventiva.

Devem, portanto, ser indicados motivos concretos, através de elementos probatórios, que o motivo do réu não ter sido encontrado se deu em razão de querer se evadir, de maneira que é de extrema importância a demonstração desse liame subjetivo, ao risco de incorrer o magistrado em constrangimento ilegal.

Apesar de todo o exposto, quando da promulgação da Lei nº 13.964/2019, foi posto em nosso ordenamento jurídico um claro ataque à mais nítida sensação de justiça. Em seu artigo 492, inciso I, alínea “e”, o princípio da presunção de inocência foi asquerosamente desrespeitado, vejamos:

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.

Foi criado assim, um requisito autorizador da violação à presunção de inocência: a pena imposta ser superior a quinze anos em casos que tramitam no Tribunal do Juri.

Tal requisito não possui guarida em nenhuma norma constitucional, ora, não sendo possível a prisão após decisão de segunda instância, o que dizer da prisão após decisão em primeira instância?

A criação desse requisito foi claramente uma forma de acalmar os irresignados com o provimento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que reconheceram a constitucionalidade da prisão após decisão de segundo grau.

O artigo 492, inciso I, alínea “e” do “Pacote Anticrime” se trata, portanto, de uma escrachada política de involução do sistema penal brasileiro nos moldes antidemocráticos do atual governo.

2.1 O PROBLEMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

A execução da pena, ou cumprimento da pena se dá quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo este o momento em que é aplicada a pena imposta em sede do processo criminal, findos todos os recursos cabíveis.

Dessa forma, em respeito ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal, é requisito indispensável que se tenha o trânsito em julgado da sentença condenatória para que o acolhido possa dar início ao cumprimento da sua pena, seja ela qual for e em qualquer que seja o rito adotado pelo processo criminal.

Isso se dá pois mediante recursos e remédios constitucionais é possível que a sentença sofra alterações que beneficiem o réu, seja na diminuição da pena imposta originalmente ou até mesmo na absolvição do réu.

Assim, entende-se que a execução da pena possui um indiscutível elo com o princípio da presunção de inocência, afinal, apenas após o trânsito em julgado será possível a formação da coisa julgada necessária ao cumprimento da pena.

Entretanto, existem casos autorizadores da prisão antes do trânsito em julgado, tratamos, portanto, da prisão preventiva, prevista no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal, no entanto, trata-se de uma prisão cautelar, não podendo ser confundida com a prisão pena.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer

elementos suficientes para esclarecer-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 2017b).

São presentes no artigo 312 os seguintes requisitos: a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e o assegurar da aplicação da lei penal.

O primeiro fundamento autorizador da decretação da prisão preventiva, a garantia da ordem pública, invoca a ideia de que estão presentes indícios de que o imputado cometerá novos crimes caso sua liberdade seja garantida.

A ordem pública pode ser interpretada como a paz social, de modo que o indivíduo abraçado pela vida do crime tende a aluir essa paz, sendo assim necessário o afastamento do criminoso da sociedade comum de maneira cautelar.

No entanto, o autor Aury Lopes Jr. entende que a justificativa da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública é inconstitucional. De acordo com o autor, o fundamento supracitado não é cautelar, pois não tutela o processo, de maneira que em análise dessa matéria, seria necessária a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade.

Sendo limitados os direitos de liberdade e a própria presunção de inocência, para o autor, é inadmissível uma interpretação *in malan artem* que amplie o conceito de cautelar ao ponto de transformá-la em medida de segurança pública.

Insta salientar que o entendimento do professor Aury Lopes Jr. quanto à garantia da ordem pública, por mais que alinhado à proposta deste trabalho, é minoritário, sendo a doutrina majoritária no sentido de que a proteção da sociedade seria um dos fins do processo penal, como leciona Andrey Borges de Mendonça:

a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o intuito de evitar que a sociedade sofra um dano concreto iminente em seus bens jurídicos relevantes. Ao assim fazê-lo, o processo penal está buscando um de seus fins, que é a proteção da sociedade, contra ameaças concretas, concretizando um dos escopos da própria função jurisdicional (escopo social). (BORGES DE MENDONÇA, Andrey. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Método, 2011.)

O segundo fundamento autorizador da prisão preventiva é a garantia da ordem econômica, que é permeado pela falta de conceito inequívoco para a hipótese autorizadora, sendo inevitável a sua confusão com a própria matéria meritória.

A garantia da ordem econômica foi acolhida no ordenamento jurídico nacional pela Lei 8.884/94, trazendo diversos problemas característicos da legislação casuística evidente nos anos 90, principalmente no que se refere aos “crimes econômicos”, área que foi foco da legislação penal daquela década.

Na senda dos problemas trazidos pela inclusão desse fundamento, temos que houve um aumento das possibilidades de aplicação da *ultima ratio*, o que levou ao afastamento da sua natureza excepcional, bem como a trouxe para o seio da normalidade; a utilização de elementos inerentes aos tipos penais como fundamento à prisão preventiva, antecipando-se a discussão que deveria ser tratada sob o amparo da ampla defesa e do contraditório; e a dificuldade na delimitação precisa do conceito de “garantia da ordem econômica”, fazendo possível a multiplicação de decretos prisionais baseados em termos imprecisos e genéricos.

Nesse sentido, devemos observar o que leciona Eros Grau:

a ordem econômica deve ser considerada como parcela da ordem jurídica. Logo, atos praticados contra a ordem econômica, são atos praticados contra a ordem jurídica, nos exatos termos das categorias contidas e descritas pelas leis que a compõem. Leis que devem ser rigorosamente aplicadas, especialmente quando os fatos estão sendo tratados no campo jurídico-penal, no qual não se admite interpretações extensivas, por força de regra fundamental do Estado de Direito: as leis penais só admitem interpretação taxativa e restritiva. (GRAU, Eros. Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo, ed. USP, 1990, p. 68-72)

Com a interpretação irresponsável do que seria a garantia da ordem econômica, há também o esquecimento de que o conceito de ordem econômica está presente no artigo 170 da Constituição Federal.

No entanto, a jurisprudência pátria continua se mostrando favorável à aplicação desse requisito autorizador da prisão preventiva com base em elementos típicos dos crimes econômicos, ignorando a ausência de violações aos princípios expostos no artigo 170 da Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

O terceiro fundamento autorizador da prisão preventiva é a conveniência da instrução criminal. Tal fundamento encontra guarida nos casos em que há indícios de que o réu está colocando em risco a coleta de provas ou o desenvolvimento natural do processo, segundo Aury Lopes Jr., seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

É cediço que o processo penal se trata de um instrumento estatal para a aplicação do seu *jus puniendi*, as provas produzidas nesse processo possuem sua validade quando produzidas diante dos princípios norteadores da instrução criminal.

Com o objetivo de proteger essa fase, o legislador acrescentou a conveniência da instrução criminal como possível fundamento para a *ultima ratio*.

Dessa forma, a custódia excepcional poderá ter sua decretação quando a liberdade do acoimado inferir a contaminação das provas que virão a ser produzidas no processo, bem como a alteração das provas já constituídas.

Hélio Tornaghi entende que, por se tratar de uma medida extrema, afinal, cerceia a liberdade do acusado, a prisão para a conveniência da instrução criminal deve ser entendida conveniente apenas quando estritamente necessária, em suas palavras, “isto é, quando sem ela a instrução não se faria ou se deturparia”.

Já o professor Noberto Avena leciona que a prisão preventiva, quando fundamentada na conveniência da instrução criminal, é aquela que tem o objetivo de impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base à futura condenação.

Bechara entende a prisão por conveniência da instrução criminal quando a prisão preventiva se dá por haver um nexo de causalidade entre a liberdade do acusado e a instrução criminal, ou seja, aquela representa fundado risco de comprometimento da segunda.

Portanto, para que se possa determinar em justiça a necessidade da prisão do réu para a instrução processual, se faz indispensável que existam provas nos autos de que o acusado esteja de alguma forma interferindo a produção probatória.

Dessa forma, meras alegações de que o réu esteja findando as provas do crime ou que este esteja aliciando as testemunhas e depoentes não se fazem suficientes para a autorização do decreto de prisão preventiva.

Nessa senda, José Carlos Mascari Bonilha leciona que:

Para que se afira a conveniência da prisão do réu para a instrução processual, torna-se necessário que nos autos existam provas concretas de que este esteja tumultuando a produção probatória. Simples alegações de que o réu está desaparecendo com as provas do crime, aliciando testemunhas, etc..., não autoriza a decretação da prisão, se não houver provas concretas desses fatos nos autos. (MASCARI BONILHA, José Carlos. Prisão Preventiva. In MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coord.). Tratado Temático de Processo Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 p.263)

O último fundamento possível para a decretação da prisão preventiva é a segurança da aplicação da lei penal. A prisão preventiva como ferramenta de garantia da aplicação da lei penal tem sua origem na essência temporal do processo criminal, buscando evitar que o investigado empreenda fuga da relação processual, se colocando alheio ao estado de culpa.

Eugênio Pacelli entende que a prisão cautelar com o fundamento da garantia da aplicação da lei penal contempla estritamente as hipóteses em que há risco concreto de fuga do acusado, e assim, o risco de que não seja aplicada a lei penal nos termos da decisão condenatória.

Dessa forma, é indispensável que tal fundamento tenha guarida em dados concretos da realidade, não podendo advir apenas de meras especulações teóricas dos agentes públicos.

Wladimir Albuquerque d'Alva traz circunstâncias para que seja possível o encarceramento do réu sob o manto da garantia da aplicação da lei penal:

Sempre que existir o *periculum in mora* deverá o juiz decretar a medida cautelar, havendo razões palpáveis no sentido de que o indiciado ou o réu tentará se livrar do cumprimento da possível pena. Podemos citar os seguintes exemplos que justificariam a aplicação da prisão preventiva: não ser o indiciado nativo do distrito onde ocorreu o crime, havendo elementos concretos de que ele poderá evadir-se, estando o mesmo se desfazendo injustificadamente de seus bens de raiz, como também se estiver pretendendo mudar-se para local incerto, não sabido ou distante. (ALVA, Wladimir d' Albuquerque. Da Prisão Preventiva. Fortaleza:ABC.2004.p.42)

Nesse diapasão, em havendo razões devidamente fundadas em fatos concretos, capazes da demonstração do *animus* do acoimado em se evadir da lei penal, pode o magistrado decretar a prisão preventiva para que lhe seja restrita a liberdade.

Dessa forma, a *ultima ratio* não pode ser decretada em nenhuma das hipóteses com lastro em meras presunções especulativas abstratas.

Portanto, a decretação da *ultima ratio*, precisa ter a presença concomitante dos pressupostos *stricto sensu* do *fumus comissi delicti*, pelo menos um dos fundamentos do *periculum libertatis* e estar presente também um dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 313, I, II, III e parágrafo único do Código de Processo Penal.

Insta salientar que, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, ao artigo 312 do Código de Processo Penal foi incluída mais uma exigência para a devida fundamentação do decreto prisional cautelar, qual seja a necessidade de demonstração de “índicio suficiente (...) de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, o que já tinha guarida anteriormente em razão de que a *ultima ratio* sempre trouxe consigo a necessidade de elementos concretos ao fundamento invocado.

Ainda da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, quando incluso o § 2º ao artigo 312 do Código de Processo Penal, passou a ser formalmente exigido que não somente esteja fundamentado o decreto cautelar no risco da liberdade do acoimado, mas também seria necessária a demonstração da existência concreta de novos fatos justificadores da aplicação da *ultima ratio*, o que também já era observado pela doutrina nacional.

Passadas as únicas hipóteses constitucionais de prisão antes do trânsito em julgado, devemos discutir o cumprimento da pena anterior à coisa julgada.

Quando da promulgação da Lei de Execução Penal, no ano de 1984, restou cristalino que terá início o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De acordo com a redação da Lei nº 7210/84:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Art. 164. Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.

Seguindo os parâmetros da Lei de Execução Penal, a Constituição Federal de 1988 adota o princípio da presunção de inocência em seu artigo 5º, LVII, que assevera a possibilidade de prisão do acusado apenas após a formação da coisa julgada, ou seja, a pós o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em que pese tanto a Lei de Execução Penal quanto a Constituição Federal serem cristalinas ao afirmarem que o cumprimento da pena só pode se dar após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, parcela da doutrina defende a possibilidade da execução provisória da pena e com esse fundamento, também o fazem os tribunais.

Nesse sentido, Nestor Távora e Rodrigues Rosmar Alencar:

Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato

de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referentemente ao texto da Lei Maior. (ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 11ª Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016, P. 70)

Na mesma seara, entende também o professor Aury Lopes Junior:

[...] não se trata como inocente ao fazer cumprir de imediato sua pena despida de medida cautelar, pois o tratamento de culpado no curso do processo se encerra até o transito em julgado (fase recursal também é processo), é por isso que a origem etimológica da palavra vem de *recursus*, retomar o curso, jamais estabelecer um curso ou encerrar. (LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.16)

Em razão da controvérsia que permeava o tema, foram ajuizadas as ADCs 43, 44 e 54, requerendo o PEN, através da ADC 43, a prevalência da interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, ou seja, em favor do princípio da presunção de inocência.

Na senda da ADC 44, ajuizada pela OAB, foi salientada a necessidade de atenção ao artigo 283 do Código de Processo Penal, que teria, em sua nova redação, respeitado o princípio da não culpabilidade.

Quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, fora declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em maioria de votos, a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

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.

Na senda do julgamento, eis a ementa:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia

versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção a qual não admite forma provisória. (Rel. Min. Marco Aurélio. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 12/11/2020 - ATA N° 192/2020. DJE nº 270, divulgado em 11/11/2020)

O Relator, Ministro Marco Aurélio, em seu voto foi a favor da cristalina literalidade da imposição constitucional do princípio da presunção de inocência, impondo-se assim, a prisão apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Em seus termos:

Atentem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – 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 Constituição de 1988 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 artigo 312 do Código de Processo Penal 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 Constituição Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável.

Diante de tudo que foi exposto, restou devidamente evidente que a execução provisória da pena vai completamente de encontro ao princípio da presunção de inocência insculpido no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, nos exatos termos que foram proclamados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54.

2.2 A APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O conceito de tratado é classicamente baseado na definição da Convenção de Viena de 1969, que não entrou em vigor em nível internacional até 27 de janeiro de 1980, quando o quórum mínimo de trinta e cinco Estados-partes foi atingido nos termos do seu artigo 84.

De acordo com o Artigo 2 § 1a da Convenção acima mencionada, um tratado significa "um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica"

É importante observar que a Convenção de Viena foi ratificada pelo Brasil em 14 de dezembro de 2009 pelo Decreto Executivo nº 7.030 / 2009, uma lei sujeita aos artigos 25 e 66 do Decreto Legislativo nº 496/2009, que já aceita, acrescentou a inclusão deste contrato datado de 17 de julho de 2009.

Conclui-se que um tratado é um instrumento sujeito às regras do direito internacional, uma vez que é um acordo formal entre dois ou mais Estados.

Levando em consideração essas conclusões e a natureza jurídica do tratado, este instituto é considerado não só como fonte de direito internacional, mas também como fonte de direito interno positivo, uma vez que faz parte da ordem interna do Estado.

Além disso, deve-se levar em conta que os tratados internacionais produzem efeitos jurídicos e criam ou expiram direitos e obrigações, incluindo a responsabilidade internacional por sua violação.

Os tratados internacionais de direitos humanos no modelo atual surgiram como um legado da Declaração Universal de 1948. Essa Declaração Universal, por sua vez, surgiu após a Segunda Guerra Mundial como uma forma de consolidação e reconhecimento real dos direitos humanos, também em detrimento do antigo conceito de soberania absoluta dos Estados, visto que até então apenas os Estados eram reconhecidos como sujeitos de direito internacional.

Assim, passamos a utilizar tratados internacionais para proteger os direitos humanos em geral e globalmente, para que os direitos adquiridos não permaneçam na soberania de cada Estado, pois esses tratados foram dotados de mecanismos de proteção internacional, incluindo a relativização da própria soberania, uma vez que intervenções em nível nacional para proteger os direitos humanos são permitidas.

Embora a Declaração Universal remonte a 1948, o Estado brasileiro só começou a ratificar os tratados de direitos humanos depois de 1985, quando teve início o processo de democratização do país.

Em 1989, sob os auspícios da atual constituição brasileira, foi ratificado o primeiro tratado de direitos humanos, a saber, a convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Desde então, o Brasil ratificou vários outros tratados internacionais de direitos humanos.

Embora a Constituição da República de 1988 garanta o primado da aplicação dos direitos humanos e a chamada "cláusula aberta de direitos fundamentais" como princípio norteador das relações internacionais, a prática brasileira é autônoma na forma da hierarquia das normas de cada tratado incorporado ao ordenamento interno, sejam ou não direitos humanos, considerando-os infraconstitucionais.

Até a introdução da chamada "reforma judicial", os tratados internacionais, fossem ou não direitos humanos, eram considerados com o *status* de lei ordinária por grande parte da doutrina e do direito. Quando o artigo 5º do texto constitucional foi incluído na emenda constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos classificaram-se enquanto portadores do *status* de emenda constitucional se forem adotados com um quórum especial de emendas.

Com esta mudança, o debate sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos adotado antes da EC 45/2004 ganhou peso ao invés de ser resolvido, pois várias dúvidas surgiram, incluindo a questão do estatuto normativo dos tratados de direitos humanos reconhecidos antes da alteração acima.

Até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados de direitos humanos possuíam caráter de lei ordinária, com base principalmente no artigo 102, III, b da Constituição Federal.

Tal acordo, entretanto, sujeitava o Brasil a ser responsabilizado internacionalmente pela violação dos tratados de direitos humanos e pela violação do princípio da primazia desses direitos nas relações internacionais.

Em resposta às pressões internacionais, o STF passou a repensar sua posição tradicional, e em busca de diretrizes sobre o primado da proteção da dignidade humana, a nova visão do Supremo Tribunal de Justiça teve dois novos posicionamentos: suprallegalidade, até então posição majoritária e a constitucionalidade das normas internacionais de direitos humanos, sempre uma compreensão das minorias.

A tese de suprallegalidade citada pelo desembargador Gilmar Mendes está bem caracterizada em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, incluindo a paradigmática decisão de recurso extraordinário 466.343, de 3 de dezembro de 2008, que discute a possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de San José da Costa Rica, que não abriga tal prisão.

Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal passou a olhar para os tratados internacionais diante de três óticas. Os tratados de direitos humanos adotados na forma de emenda são equiparados a emendas constitucionais (CF, art. 5º, § 3º); os tratados de direitos humanos aprovados em procedimento ordinário (CF, art. 47) têm estatuto suprallegal e são hierarquicamente inferiores à constituição e superiores à legislação ordinária; e os tratados e convenções internacionais que não tratam de direitos humanos entrarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária

É também a compreensão de grande parte dos doutrinadores. Embora esse entendimento ainda seja majoritário no STF e na doutrina constitucional, outra corrente, liderada por diversos autores internacionalistas e o Ministro do STF Celso de Mello, entende que todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, ou seja, independente da forma de consentimento a tal tratado internacional, os tratados de direitos humanos, segundo uma interpretação sistemática do texto constitucional brasileiro, alcançaram seu caráter constitucional com sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, ainda que apenas por se tratar de direitos humanos, sem um determinado quórum.

Esse entendimento, bem descrito no Habeas Corpus 87.858-8 / TO de 26 de junho de 2009, já era parâmetro para determinadas decisões do STF, mas ainda era minoritário.

Basta uma breve leitura do dispositivo cuja inconstitucionalidade é debatida neste trabalho para que se possa entender a afronta ao princípio da presunção de inocência na forma do artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Ora, é cristalino o desrespeito à Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, abarcada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto 678, datado de 6 de novembro de 1992.

O Pacto de San José da Costa Rica prevê em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, sendo o 8º artigo agraciado à Convenção Americana de Direitos Humanos uma clara

menção ao princípio da não culpabilidade, este que é extremamente necessário a todos os países democráticos.

Face ao caso 11.992 – Levoyer Jinénez contra o Estado do Equador, a CIDH estudou a relevância e os resultados provenientes da ofensa ao princípio da presunção de inocência, submetendo o petitório à Corte.

Dessa forma, foi sedimentado o entendimento de que a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) assegura ao cidadão o direito de ter sua inocência presumida até que seja comprovada sua culpa quando do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

Nessa senda, foi determinado que é autorizada a prisão durante o curso processual apenas quando estritamente necessário, ou seja, em caráter cautelar, como foi discutido neste trabalho em tópico anterior, mediante hipóteses determinadas e prazos razoáveis presentes no ordenamento jurídico interno.

Ainda no caso Levoyer Jiménez contra o Estado do Equador, o petitório argumentou que a prisão preventiva aplicada de forma indefinida resultou em clara violação ao princípio da presunção de inocência estabelecido no Pacto de San José da Costa Rica, de maneira que foi utilizada a prisão preventiva da senhora Levoyer como forma de antecipação da pena.

Diante desse pleito, no entanto, o Estado do Equador não se posicionou a respeito da violação ou não ao princípio da presunção de inocência. Portanto, com base no artigo 8º da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos temos evidente a sua violação no caso analisado.

Nesse sentido, a Corte afirmou que o propósito de todas as garantias processuais é advindo do princípio da presunção de inocência, nos termos do artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica, ou seja, uma pessoa é inocente até que seja comprovada sua culpa, o que só pode acontecer quando do trânsito em julgado de uma decisão condenatória.

Afirmou ainda que os princípios jurídicos universalmente conhecidos impedem a antecipação da sentença, de maneira que da violação dessas regras basilares, é corrido o risco de que seja um indivíduo privado de sua liberdade por um prazo não razoável quando ainda é impossível verificar sua culpa, como ocorreu no caso Levoyer Jiménez contra o Estado do Equador.

Insta salientar que no caso em tela, a senhora Levoyer Jiménez teve sua liberdade privada ao cárcere por período que superava metade da pena máxima cominada aos crimes dos

quais fora acusada e absolvida, tendo sido mantida privada da sua liberdade mesmo depois da sua definitiva absolvição.

A Comissão, através da análise das provas presentes no petitório por ambas as partes, concluiu que o Estado do Equador violou o princípio da presunção de inocência no processo da senhora Levoyer Jiménez, não observando o artigo 8º da Convenção Americana.

Dessa forma, podemos observar que o princípio da presunção de inocência é o principal instrumento defensivo do cidadão contra o jus puniendi do Estado, sendo tal princípio amplamente reconhecido no cenário internacional e agora, desrespeitado na senda infraconstitucional brasileira.

De acordo com a Emenda Constitucional 45 de 2004, responsável por acrescentar o 3º parágrafo ao inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, as convenções internacionais de Direitos Humanos, bem como os tratados dos quais sejam o Brasil signatário, a partir do momento em que sejam aprovados pelo Congresso Nacional mediante o rito necessário, são equivalentes às emendas constitucionais.

No entanto, mediante o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, os ministros chegaram à conclusão de que em se tratando de tratados internacionais de direitos humanos, seja devido a sua ratificação anterior à Emenda Constitucional 45 de 2004, seja por não terem passado pelo rito do artigo 5º, LXXVIII, §3º da Constituição Federal – votação de dois turnos, sendo aprovada por três quintos dos membros do Congresso Nacional – os tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário passam a assumir natureza de normas supralegis, dessa forma, danificando a eficácia das normas infraconstitucionais cujo sentido seja contrário.

Entende o Supremo Tribunal Federal que a natureza especial dos tratados e convenções de Direitos Humanos os confere lugar próprio no ordenamento jurídico nacional, estando hierarquicamente abaixo das normas constitucionais, no entanto, acima das normas infraconstitucionais com as quais conflitem, sendo a legislação infraconstitucional conflitante posterior ou anterior à ratificação da norma internacional.

Portanto, cristalino que no que nos referimos ao artigo 492, I, “e” e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, seja pelo evidente atentado ao artigo 5º, LVII, seja pelo desrespeito à Convenção Interamericana de Direitos Humanos no seu artigo 8º, temos como necessário o reconhecimento da inaplicabilidade dessa norma infraconstitucional ao ordenamento jurídico nacional.

A garantia fundamental da presunção de inocência encontra-se em quase todas as constituições democráticas contemporâneas e diplomas internacionais de direitos humanos, onde se destacam os textos mais representativos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, seguida por o desejo de acabar com as práticas absolutistas do *Ancien Régime*, aclamado nele, juntamente com outros princípios do processo penal, a presunção de inocência: “Qualquer homem sendo presumido inocente, se for considerado essencial para prendê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para garantir sua pessoa deve ser severamente punido pela lei”.

Na França, a Constituição de 1958 adotou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como um catálogo de direitos fundamentais.

A Constituição italiana de 1948 estabelece que “O arguido não é considerado culpado até a sentença final”, tal qual nossa Constituição Federal de 1988.

Também a Constituição da República Portuguesa, aprovada a 2 de abril de 1976, instituído no nº 2 do art. 32 a presunção de inocência, elevada à categoria de direito fundamental, segundo a fórmula: “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo razoável compatível com as garantias de defesa”

No atual ordenamento constitucional espanhol, a presunção de inocência é também expresso no art. 24, 2, entre as garantias mínimas do processo penal: Toda pessoa tem direito ao juiz ordinário, predeterminado em lei, à defesa e com a assistência de um advogado, para ser informado da acusação feita contra eles, para um processo público sem demora indevida e com todas as garantias, para usar os meios de prova pertinentes para sua defesa, não para testemunhar contra si, a não se confessar culpado e à presunção de inocência”.

No caso da Espanha, embora a presunção de inocência seja um direito garantido constitucionalmente, está em vigor o princípio da efetividade das decisões condenatórias.

Não só: esta óbvia constitucionalização da presunção de inocência, Além de sua inclusão em normativas internacionais, alguns de âmbito regional, como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, art. XXVI), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José Costa Rica, 1969, art. 8, 2), a proclamada em Roma, 1950, Convenção Europeia para Proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em seu artigo 6º, §2º; a proclamada em Nice, 2000, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 48, §1; a Carta Africana dos Direitos Humanos

e dos Povos / Carta de Banjul (Nairobi, 1981, art. 7, § 1, "b") e a Declaração Islâmica dos Direitos Humanos (Cairo, 1990, art. 19, "e"), bem como o proclamado mediante a Assembleia Geral das Nações Unidas, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14, §2.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no Artigo 6, 2, que "qualquer pessoa acusada de um crime é presumida inocente, desde que a sua culpa não foi legalmente provada."

Das disposições desta disposição decorre a obrigação do Estado de não restringir a liberdade de ninguém além do estritamente necessário à garantia da condução das investigações, de maneira que a prisão preventiva uma medida cautelar e não punitiva.

A presunção de inocência é elemento fundamental para a efetiva realização do direito de defesa e acompanha o arguido durante todo o processo até que haja uma condenação que determine a sua culpa.

Tendo em conta a definição de culpa, qualquer detenção só pode ser preventiva, processual, instrumental, sendo a *ultima ratio* a ser aplicada ao acoimado, a sua aplicação deve, portanto, ser excepcional, pois é limitada pela garantia do princípio da não culpabilidade, assim como mediante o princípio da proporcionalidade.

A prisão preventiva em situações que não a justificam equivale a uma antecipação indevida da pena. O princípio da exceção prevalece em toda a sua plenitude: a prisão preventiva só deve ser aplicada em casos de absoluta, devidamente fundada e indiscutível necessidade, afinal, a regra do direito processual penal é a liberdade do acusado.

A este respeito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos autoriza a restrição da liberdade de uma pessoa como medida processual de proteção, por meio de um ato formal.

A prisão provisória instrumental não deve ser confundida com a pena de prisão punitiva ou pena de prisão, que é objeto deste inquérito, com a delimitação do momento em que se inverte a presunção de inocência da pessoa no estado de culpado e, a partir desse momento em diante, sua prisão. adquire a condição de sanção.

Nesta fase, a interpretação do dispositivo conduz a uma cisão quanto aos seus efeitos, pois permite a graduação na esfera processual (em princípio), mas não na penitenciária (em regra).

É inegável que a presunção de inocência não depende de uma constitucionalização formal para adquirir valor relevante, integrando a ordem jurídica interna em virtude da recepção dos textos internacionais que a instituem.

No entanto, o legislador constitucional brasileiro pretendia elevar a presunção de inocência à categoria de garantia fundamental, dedicando a fórmula ao art. 5º, inciso LVII.

Em razão dessas dificuldades de interpretação e incompatibilidades com o ordenamento jurídico internacional, no que se refere ao momento processual desse investimento material, é imprescindível o aprofundamento da especificidade do tema no direito positivo brasileiro.

A análise dos títulos internacionais permite concluir que, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência é mais intensa, fenômeno que tem levado em massa à prescrição de pedidos punitivos ou executórios face a recursos processuais com o fim de adiar a decisão final e sem recurso do título executivo e, consequentemente, impedir o início da execução da pena eventualmente aplicada na sentença.

3 INTRODUÇÃO AO TRIBUNAL DO JURI

O Tribunal do Juri, não teve sua criação exclusivamente com o fulcro de assegurar uma maior proximidade entre a jurisdição e a sensação de justiça da sociedade. No entanto, insta salientar que o Tribunal do Juri, como instituição aparentemente não consegue encontrar uma data correta na própria história, entretanto figura como um palco para a manutenção dos costumes da sociedade.

O Tribunal do Juri é permeado por um ritual, ilustrando o conhecimento do ato delituoso e fazendo sua relação com o acusado. Ocorre que o que pode ser tratado como uma problemática dessa construção está precisamente nos pressupostos que aí estão presentes. inspirados por uma antropologia criminal determinística e na escola italiana.

Para tanto, devem ser estabelecidos parâmetros para que se possa entender o tipo de viés que forma a base da estrutura do Júri. Portanto, em vez de tentarmos analisar a essência do Tribunal do Juri por fora, temos que desconstruí-lo a partir de uma análise interna do rito do Juri. Dessa forma, devemos nos concentrar no momento preciso em que o *jus puniendi* estatal restou transferido ao povo. Esta premissa, no entanto, só pode ser alcançada se nos concentrarmos no estudo da ritualística essencial ao Juri, onde o tempo e o espaço, já experimentados, são supostamente revisitados.

Nessa senda, os pressupostos são parte indissociável do rito do Tribunal do Juri, supostamente para refletir a vontade popular; isto é, uma mente social média. Esta vontade precisa ser levada em consideração pelo defensor e pelo procurador, de maneira a ser utilizada da maneira mais hábil possível à argumentação.

Corriqueiramente, obter o convencimento dos jurados significará guia-los a questionar suas crenças e valores pessoais, até então tidos como certos. Em razão da plenitude de defesa Todos os dispositivos são possíveis de serem utilizados para obter o convencimento de que, a tese sustentada pela defesa merece guarida. É claro que a eficiência desse convencimento é intrinsecamente ligada a um discurso enérgico e bem executado, de maneira que os jurados aceitem a possibilidade levantada pelo defensor.

Em um lado diametralmente oposto, o Parquet busca, corriqueiramente, zelar pela manutenção desses valores, visto que nesta fase do jogo processual já não há dúvidas quanto à materialidade do crime. O combate ao crime tal como é concebido é trazido pelo Parquet como

o seu objetivo. É necessária portanto, a ambas as partes uma excelente retórica, assim como certa medida de dramatização, essencial para legitimar esta cena.

Portanto, as audiências do rito do Tribunal do Juri precisam ser entendidas enquanto uma luta de poder teatral. Segundo Schritzmeyer, no relato dos defensores e promotores, o discurso parte da lógica de classificação e análise da organização e funcionamento da vida social.

Dessa forma, cada audiência apresentará uma particularidade no “*casting*”, “decoração” e “enredo”, que serão interpretados, em uma ótica, pela oralidade e em outra, pela valoração taciturna dos fatores que são entregues aos jurados, que pressupõe a internalização de símbolos advindos de determinadas variáveis como cor da pele, classe social, orientação sexual, gênero, idade, religiosidade etc.

De uma perspectiva não legal, o que importa não é a absolvição ou a condenação, mas sim que eles (personagens e participantes) se apeguem ao poder em jogo que define os meios legítimos de punição e absolvição. O discurso do júri é baseado na dialética grega e tenta atribuir elementos de razão e plausibilidade à fala.

Não se trata, portanto, de descobrir “uma verdade”, mas de convencer e quem sabe determinar o destino da vida em jogo. Chalita leciona que adquirir certos conhecimentos por um método científico requer uma correspondência objetiva com a realidade. Em um processo, por outro lado, o que mais importa é que o discurso corresponda às subjetividades em jogo, às particularidades do caso e dos fatos.

Mas a construção da veracidade depende da força do argumento, cuja função é dar credibilidade aos pontos de vista elencados. Na retórica latina clássica, como a própria Chalita aponta que a *argumentatio* - também chamada de *probatio* (Quintiliano) ou *Confirmatio* (Cícero) - opunha-se à teoria da prova porque era infundada.

Argumentos convincentes levam à conclusão de que nem todas as provas são concebíveis como reduções de provas opostas. Assim, as evidências que compõem esse tipo de discurso podem ser de dois tipos: artificiais e inartificiais. Essa subdivisão feita por Aristóteles na retórica mostra a importância dessas provas típicas do discurso.

Além disso, na Grécia, a moralidade inerente ao discurso do locutor constitui uma boa retórica, pois um advogado não poderia ter sua vida como exemplo de retidão se não fosse uma boa pessoa.

A retórica na arte de falar bem é, antes de tudo, uma técnica persuasiva que envolve o uso de diferentes dimensões da linguagem e, portanto, tem sido ensinada na tradição greco-romana há séculos. No entanto, a linguagem não pode ser reproduzida por si só. O ritmo dado ao júri é baseado no uso adequado de dicção, entonação e gestos.

Além disso, os movimentos de promotores e advogados de defesa como um todo são cruciais para alcançar um resultado bem-sucedido. Outros personagens também compõem esse momento e serão discutidos posteriormente.

A particularidade do tribunal do júri permite confrontá-lo com as dinâmicas do ritual e do teatro. Um exemplo é a importância da separação de papéis inerentes ao processo de ritualização.

Roberto DaMatta leciona que os rituais de reforço (ou separação) são rituais diretamente ligados às rotinas do cotidiano. Por exemplo “um general é sempre um general; acontece que em determinado momento ele usa as roupas, joias e armas que correspondem à sua posição de identidade.

O posto existente é reforçado e pode ser fundido para se adequar a outras rotinas e sistemas de posicionamento. O chamado ritual de separação é justamente aquele momento em que o papel do general é enfatizado e todos os outros são inibidos

Resta mudar o general para os personagens do júri (advogados de defesa, promotores, juízes etc.) e veremos como os papéis de cada indivíduo são reforçados e reconfigurados, o que é imperceptível se ele ainda estiver nos corredores do fórum, há muitos ternos e gravatas que às vezes passam despercebidos.

Outro ponto forte são os efeitos reflexos dos julgamentos no Tribunal do Juri, não há demonstração figurativa ou imitativa em si mesma. É uma ação em forma de espetáculo que se materializa na representação do acontecimento.

Além disso, o processo ajuda a lançar luz sobre as normas e ideias morais das relações sociais e, assim, segundo Shritzmeyer, dar testemunho da realidade fragmentada e conflituosa da aplicação diária das normas.

O lugar da dramaturgia nesta sala, por outro lado, deve ser analisado sob duas premissas: uma objetiva e outra subjetiva. Comparada à primeira, atuar em júri deve ser entendido como uma arte teatral que joga com noções de sociedade, em particular o paradigma criminal.

Consequentemente, qualquer defensor ou promotor deve ser capaz de analisar os elementos culturais, econômicos e sociais para desenvolver uma boa tese que possa alimentar

este sistema ou permitir sua legítima abolição. O outro postulado, subjetivo, é seduzir os jurados com técnicas específicas.

A eficácia da linguagem depende de uma harmonia entre o remetente e o destinatário da mensagem que vai além do sentido literal das palavras. Aqui encontramos a função essencial das emoções e gestos.

Como Stanislavsky sugere sobre a construção do personagem, o personagem não deve correr para o palco apenas para correr ou para sentir dor. Da mesma forma, não deve o personagem agir vagamente, apenas agindo, devendo sempre agir com um propósito.

O teatro oferece um momento único em que cada ação representa e tem um significado específico. Os *scripts* definem um caminho para os personagens seguirem, o que na maioria dos casos não deixa espaço para interpretação.

Não quero dizer que o teatro não ofereça uma série de reflexões sobre o tema apresentado, mas o resultado está disponível a tempo, já está definida a rapidez com que todas essas ações vão acabar.

No júri, porém, as representações são subjetivas. Do ponto de vista do personagem e do espectador, as histórias são interpretadas de forma diferente. No júri ou no teatro, estar em palco significa poder jogar o jogo, e esse jogo tem regras constitutivas, ou seja, regras que determinam a possibilidade do jogo, a absolvição depende de outro fator: não só saber as regras do jogo para jogar, mas também para saber como agir, usá-las com habilidade.

A atuação do jurista no Tribunal do Juri trata-se, portanto, de compreender o mundo do júri desde o seu interior, desde a sua prática às suas regras e à sua relação com a sociedade.

3.1 O PRINCIPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS DO JURI

O princípio baseou-se na ideia de que a decisão motivada pela Câmara adjudicatória, única realmente capaz de se pronunciar sobre o destino do acoimado, é soberana e, portanto, não admite recurso em segunda instância. O veredito do júri só permitirá um recurso de segunda instância se a parte "perdedora" entender que o júri agiu contra as provas apresentadas nos autos ou durante o debate.

No entanto, a reforma não será decidida em segunda instância, mas com a convocação de um novo júri, nos termos do artigo 593 do Código de Processo Penal

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. § 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação. § 2º Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança. § 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação (BRASIL, CPP, 2018).

Este princípio significa que não há possibilidade de modificação da decisão final do júri, razão pela qual Mirabete leciona que é condição incontestavelmente necessária para os julgamentos do júri

Segundo Bayer, no ordenamento jurídico brasileiro essa soberania é reconhecida na Constituição Federal de 1988, que estipula no art. 5º, XXXVIII, c, no sentido de que a instituição do júri é reconhecida pelo órgão que lhe confere o direito de garantia à soberania das penas.

Mirabete assegura que a soberania das sentenças dos juízes confirmada pela Carta Política não exclui a possibilidade de impugnação das suas decisões, o que é garantido com a devolução do processo ao júri para novo julgamento.

A possibilidade de revisão criminal do veredito do júri, comutação, etc. não viola o princípio acima mencionado. Ainda que alterada a decisão nesta matéria, tal é lícito a favor do condenado, também porque a soberania das sentenças é uma garantia constitucional individual e a decisão favorável ao condenado não o prejudica.

É importante ressaltar que as hipóteses de recurso contra a decisão do Conselho Julgador constam em lista exaustiva prevista no artigo 593, Título III, do Código de Processo Penal.

Conforme explicado no curso deste trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece o princípio conhecido como da presunção de inocência ou o princípio da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será declarado culpado

antes da coisa julgada. Ou seja, o fim definitivo do processo penal, que se caracteriza pela decisão juridicamente vinculativa da condenação criminal.

Em consequência deste princípio, que é de natureza constitucional e, portanto, não pode ser contrariado por disposições infraconstitucionais, evita-se, portanto, que no decurso do processo esteja presente a presunção da culpa.

Nesse sentido, o exemplo mais claro é a impossibilidade de prisão do acusado por motivos não cautelares.

Isso significa que, embora existam amplas evidências que levem a uma futura condenação, o acusado não pode ser punido pelo comportamento alegadamente cometido, mas apenas para proteger a eficácia do julgamento criminal.

Por isso, fala-se muito da incompatibilidade do cumprimento antecipado de pena com o princípio aqui mencionado. Se ficar estabelecido que o arguido foi privado da liberdade em virtude da pena que lhe foi imposta antes da decisão final, é clara a imputação da culpa ao acoimado.

Portanto, é óbvio que esta detenção não tem caráter preventivo, não é de forma alguma instrumental e, por essas razões, uma prisão totalmente inaplicável. Embora a soberania dos vereditos obtidos no juri seja citada como possível justificativa para a expectativa de execução das sentenças desta corte, deve-se destacar que o disposto no art. 5º, XXXVIII, está incorporado na parte do texto constitucional que trata dos direitos e garantias fundamentais.

A instituição do júri e a garantia da soberania das decisões do júri não fazem definitivas cada sentença individual, mas garantem que seja atendida a independência dos jurados para que decidam nos termos em que forem convencidos.

É claro que a decisão do júri não pode ser tomada de forma absoluta a ponto de uma pessoa ser mandada para a prisão por simples condenação, porque mesmo depois de o caso ter sido resolvido pelo júri, ainda há possibilidades de recurso em que as questões são passíveis de discussão formal.

Também relevante, uma vez que a invalidade da primeira decisão do juri pode ser alvo de irresignação em segunda instância, é possível reavaliar as provas se a decisão do júri for claramente inconsistente com as provas presentes nos autos, o que acarretaria na realização de um novo júri.

Além disso, uma vez que o próprio júri e a soberania das sentenças estão presentes na sessão sobre direitos e garantias fundamentais, conforme mencionado acima, não há necessidade de utilizá-los como argumento para a privação de liberdade do arguido.

É, portanto, bastante irracional falar de execução provisória da pena após condenação nas sentenças submetidas ao júri popular, pois isso significaria, como já foi referido, que o arguido seria condenado antes do resultado final, o que significa renunciar à absolvição constitucional, o que poderia evidenciar um grande retrocesso para o aspecto democrático do processo penal, bem como um claro desrespeito a importantes direitos fundamentais ao tratamento adequado dos acusados.

Deve-se notar que a frequente e repetida execução preliminar de sentenças no ordenamento jurídico brasileiro é uma questão delicada, afinal, se for permitido, faz sentido conseguir uma atenuação? os princípios constitucionais fundamentais de nada valem?

No que se refere às novas normas jurídicas incorporadas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964 / 2019, deve-se também ter em consideração a questão das regras particulares do processo que tramita no Tribunal do Juri.

É justamente por essas peculiaridades que se discute a constitucionalidade deste artigo e se argumenta que nas sentenças apresentadas ao júri, a soberania das sentenças, conforme explicado acima, deve ser respeitada, mas sem sobreposição ao princípio da presunção de inocência.

Em sentido diametralmente oposto, segundo os ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli, a soberania das sentenças permite ao júri executar imediatamente a sentença proferida pelo conselho, qualquer que seja a sentença total.

É importante notar, entretanto, que embora o julgamento do júri seja um procedimento especial, ele é constitucionalmente previsto como uma salvaguarda fundamental e nenhuma pena mais gravosa do que a aplicada em sede do primeiro julgamento pode ter guardada.

Da mesma forma, aplica-se o princípio da presunção de inocência do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e a garantia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesse sentido, foi a tese do Ministro Gilmar Mendes no processo de Recurso Extraordinário 1235340, segundo a qual a aplicação da nova regulamentação legal não se justificava devido à extrema gravidade das infrações penais, o que leva ao estabelecimento do cumprimento de uma pena com antecedência.

Refira-se ainda que o Código de Processo Penal é uma lei infraconstitucional, estando hierarquicamente abaixo de um princípio constitucional, não havendo de se falar na desnecessidade de sentença transitada em julgado para a execução penal.

Ao estado em que nos encontramos agora, temos por gritante a insegurança jurídica causada pelas contradições entre os entendimentos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, de maneira que respeitam a presunção de inocência em alguns casos e em outros não.

A inconstitucionalidade do dispositivo em questão é evidente, uma vez que o Tribunal de Justiça Federal reconheceu a insuficiência do texto constitucional da execução provisória após decisão de segundo grau no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, em que foi decidido por 6 a 5 votos que a prisão só é permitida após o esgotamento de todos os recursos legais.

Ressalte-se que a argumentação vencedora vem avançando na medida em que a execução provisória de sentenças viola o constitucionalmente previsto princípio da presunção de inocência, já tantas vezes citado aqui.

Sendo inconstitucional iniciar a execução da sentença logo após a decisão do recurso, é ainda mais inconstitucional, por assim dizer, quando se pode falar em execução de pena após decisão de primeiro grau, que é onde se enquadram as sentenças oriundas de um conselho de sentença.

De tudo isso, portanto, não se pode afirmar que a nova disposição introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.964 / 2019 é constitucional, pois viola o texto expresso da Carta Magna e o princípio da não culpabilidade.

Além disso, também desrespeita o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece a obrigação do segundo grau de jurisdição. Ainda que a execução preliminar de uma sentença após decisão de segunda instância seja considerada inconstitucional, é impensável falar em execução antecipada de sentença após decisão de primeira instância.

Caso o artigo inserido permaneça em vigor no ordenamento jurídico nacional, continuarão a serem violados os direitos fundamentais do Estado brasileiro.

4 A CRISTALINA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA PROPORCIONALIDADE, DA COERÊNCIA, UNIDADE E COMPLETITUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei n.º 13.964 / 2019 foi descuidada ao criar a possibilidade de execução provisória da sentença apenas e apenas para as sentenças proferidas no âmbito do júri e com aplicação de pena mínima de 15 (quinze) anos, dessa forma cria uma distinção absolutamente inconstitucional entre as decisões do tribunal do júri e as do juiz de primeira instância no rito ordinário.

Na verdade, em uma análise técnica a decisão do júri é também uma decisão de primeira instância, entretanto, o processo é decidido por juízes leigos, pelo povo. A inconsistência da lei fica, portanto, latente quando salientamos que no entendimento do STF, as decisões dos juízes devem aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para darem início à execução da pena.

A concessão da execução provisória nos casos dos artigos 492, I e CPC também viola a garantia constitucional de dupla jurisdição consagrada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Embora esse princípio de garantia não esteja expresso na Constituição brasileira de 1988, a doutrina não tem dificuldade em reconhecê-lo, principalmente dada a dinâmica jurídica e organizacional do judiciário criada pela constituição.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira a exigência do duplo grau figura como uma garantia individual derivada da garantia constitucional de ampla defesa (2012, pp. 853-854). Outros autores como Aury Lopes Jr. (2012, p. 1156), que já problematizam as mudanças trazidas pela inclusão das determinações convencionais no ordenamento interno, entendem que este exame da arte perdeu muito de seu fundamento. Expressamente o direito de impugnar o julgamento perante um juiz ou tribunal superior.

No entanto, uma condenação em um plenário de júri não pode ter consequências mais graves do que uma decisão judicial do rito ordinário, tal fato requereria uma justificativa adequada, uma vez que é absolutamente contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Embora a supremacia dos vereditos do júri esteja constitucionalmente prevista, deve-se ter em conta que este regulamento não deve ser tomado contra as garantias fundamentais do

arguido, em que pese não estando o júri exposto a qualquer julgamento de responsabilidade, sua decisão deve ser lida com reservas ainda mais sérias.

Não se deve esquecer que o texto constitucional reconhece a instituição do júri (art. 5º, XXXVIII), previsão esta que, sublinhe-se, não pode violar outras normas constitucionais.

Garante também a confidencialidade dos votos, a integridade da defesa, a soberania das sentenças e a competência exclusiva para o julgamento dos crimes contra a vida. No entanto, não há lacuna entre as decisões do tribunal do júri e as decisões dos membros da autoridade judicial no momento da sentença.

A diferenciação criada pela Lei 13.964/19 é, portanto, absolutamente desarrazoada e verdadeiramente inconstitucional. Refira-se que a própria Constituição não contém qualquer reserva quanto à exceção à execução de sentença proferida pelo júri.

Para permitir uma aplicação célere, a reserva deve constar do próprio texto constitucional, nunca de legislação que implique um tratamento diferenciado de matérias que também são tratadas pela Constituição.

O júri existe para melhor proteger o arguido, pelo que está previsto na parte da constituição que trata dos direitos e garantias individuais de cada cidadão. Sua soberania pode ser vista deste ângulo.

Por esse motivo, o Ministro Celso de Mello se referiu ao acordo no RHC 117.076 / PR: Tendo em vista o suposto conflito entre a absolvição e as provas contidas nos autos, não cabe recurso ao Ministério Público.

Refira-se que mesmo o argumento do “esgotamento” dos fatos não pode ser utilizado na decisão do júri: a condenação pode ser contestada contra o recurso de anulação e a aparente incoerência das provas. O jogo político que está na base das disposições do pacote penal não permitiu compreender o papel das garantias constitucionais, muito menos no que diz respeito ao júri.

Ressalte-se que na redação anterior do artigo 492 do Código de Processo Penal (em aplicação da lei nº 11.689 / 2008), a alínea “e” de I previa a detenção de pessoa admoestada somente se as condições da ação são cumpridas.

O pacote anticrime prevê imediata prisão do réu, quando a pena for de no mínimo 15 (quinze) anos, o que afastou o efeito suspensivo em favor de sua libertação. Também é estranho impor uma pena de prisão de pelo menos 15 anos para execução imediata e suavizar o efeito suspensivo no recurso de defesa.

Qual é a base científica para esta decisão política legislativa? Em um estado de direito democrático, nem o poder executivo, nem mesmo o legislativo, podem tomar decisões arbitrárias para regular o comportamento humano. É verdade que o legislador é movido por várias nuances políticas dos parlamentares.

A constituição estabelece limites não apenas formais, mas também materiais. Cabe, portanto, perguntar: que autorização constitucional confere ao legislador o poder de decidir quais acusados estão sujeitos à presunção de inocência e quais não? Portanto, a violação do princípio da ionização é óbvia.

Embora se mantenha a disposição agora contestada, quem comete furto, isto é, quem é condenado por juiz e condenado a 16 anos de prisão, não tem que cumprir a pena imediatamente podendo recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por outro lado, a sentença do júri de mais de 15 anos para qualquer crime exige que a pena seja provisoriamente cumprida.

Em qualquer caso, deve ficar claro que (a) a presunção de inocência (art. 5º LVII da Constituição) também afeta as decisões do júri após a decisão das ADCs 43, 44 e 54; (b) a decisão do júri é tomada em primeira instância; (c) a decisão do júri é tomada por convicção profunda, sem necessidade de justificar as decisões judiciais (art. 93, X, da Constituição); (d) o texto da Constituição não distingue entre as hipóteses de competência dos juízes dos tribunais e do júri para efeito de delimitar o início da execução de uma sentença; e (e) a pena de prisão de 15 (quinze) anos ou mais de reclusão para atenuar a presunção de inocência e anular o efeito suspensivo do recurso não só é totalmente arbitrária, como viola o princípio da isonomia e o princípio da proporcionalidade.

A inconstitucionalidade refere-se ao trecho que diz que “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”.

Deste ponto de vista, depois de tudo o que foi dito até aqui, são inconstitucionais o disposto no artigo 492, inciso I, letra “e” (última parte) e nos seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, na acréscimo do artigo 3º da lei nº 13.964/ 2019 por violação dos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), da isonomia e da proporcionalidade.

Por fim, cabe ressaltar que o disposto no artigo 492, I, “e” e nos parágrafos 3, 4, 5 e 6 do Código de Processo Penal não atende às demais disposições constitucionais do ordenamento

jurídico brasileiro e desrespeita os princípios de coerência, unidade e completude do sistema normativo.

O artigo 283 do Código de Processo Penal estipula que ninguém pode ser preso, salvo em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, na sequência de prisão preventiva ou com base em condenação definitiva.

Conforme já mencionado, esse dispositivo já foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, quando foram proferidos os veredictos das ADCs 43, 44 e 54 e foi expressamente afirmada sua constitucionalidade.

Também o artigo 313, § 2, do Código de Processo Penal, afirma expressamente que a prisão preventiva não tem por objetivo antecipar uma condenação, não é consequência direta de uma investigação criminal ou do oferecimento ou recebimento de uma denúncia.

Ressalte-se que a redação dos dois dispositivos foi modificada pela Lei 13.964/ 2019 (Pacote Anticrime), que prevê a possibilidade de execução provisória de pena de prisão que tenha montante de no mínimo, 15 (quinze) anos em casos de competência do Tribunal do Juri.

Por outro lado, tais disposições dos artigos citados reforçam o mandato constitucional previamente estabelecido, que prevê a presunção de inocência até decisão final e o exaurimento dos recursos possíveis.

A regra controversa não está harmonizada com todo o sistema de regras por várias razões. Para resumir e sistematizar tudo o que aqui se alega, deve-se estabelecer que deve ser considerado inconstitucional, pois, como Aury Lopes Júnior e Lênio Streck escrevem muito bem sobre o assunto, viola a presunção constitucional de inocência, executa a pena antecipadamente sem respeitar o quadro constitucional.

O dispositivo contraria a decisão do STF, que reconheceu a inconstitucionalidade da execução antecipada após a decisão do segundo grau. Portanto, a execução antecipada na sequência de uma decisão de primeiro grau deve ser considerada inconstitucional.

Ora, a decisão do júri pode ser apelada, com questões formais e relacionadas ao conteúdo, bem como podem ser discutidas em detalhes com um novo júri; a decisão do júri baseia-se em profunda convicção e sem qualquer justificação, devendo qualquer punição preliminar ser lida com grande cautela.

Ainda, tanto a instituição do júri como a soberania do júri estão incluídas na lista de direitos e garantias individuais e não podem ser utilizadas como argumento para sacrificar a liberdade do arguido; não tendo caráter cautelar, mas sem analisar o *periculum libertaris* e a

real necessidade de reclusão, a antecipação do cumprimento da pena torna-se irracional, desproporcional e extremamente perigosa.

Insta salientar que a soberania do júri não é argumento válido para justificar a execução antecipada da pena, porque não é uma qualidade que legitima a prisão, mas sim uma que garante a independência do júri.

Dessa forma, o artigo 492, I, “e” e parágrafos 3, 4, 5 e 6 são incompatíveis com o disposto nos artigos 283 e 313, inciso 2 do Código de Processo Penal, que estipulam expressamente que a ordem de prisão preventiva não é admissível para efeito de antecipação da execução de pena, o que viola a consistência do sistema.

Da mesma forma, insta salientar que além da inconsistência e do ilógico, é manifestamente inconstitucional porque estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal.

O fato de o arguido ter recebido pena mais ou menos severa não o torna mais ou menos culpado, uma vez que a culpa tem a ver com as provas apresentadas no processo e com os critérios de avaliação das provas, e não com o grau da sanção imposta;

Por fim, importante notar que a gravidade do crime é sempre condição necessária, mas nunca suficiente, para ordenar e manter a prisão preventiva.

Obviamente, a exceção está em flagrante contradição com o artigo 313 § 2, que dispõe que a ordem de prisão preventiva não é aceita para efeito de antecipação da pena.

Diante do exposto, a antecipação de execução da pena nas sentenças do júri é manifestamente inconstitucional, sendo latente a inconstitucionalidade do disposto no artigo 492, I, “e” dos parágrafos 3, 4, 5 e 6 do Código de Processo Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo isso, fica claro que a incorporação ao sistema jurídico brasileiro da letra “e”, do inciso I, do artigo 492, do Código de Processo Penal, conforme alterada pela Lei nº 13.964/ 2019 viola o texto constitucional e as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos.

Para efeitos da Carta Magna, aplica-se ao processo penal o princípio da presunção de inocência, que impede o arguido de ser considerado culpado até que tenham sido esgotados todos os recursos jurídicos possíveis.

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e que equivale à norma constitucional, prevê que ao acusado deve ser sempre garantido o recurso e que a inocência será preservada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Basta uma breve leitura do dispositivo cuja inconstitucionalidade é debatida neste trabalho para que se possa entender a afronta ao princípio da presunção de inocência na forma do artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Ora, é cristalino o desrespeito à Convenção Americana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, abarcada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto 678, datado de 6 de novembro de 1992.

O Pacto de San José da Costa Rica prevê em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”, sendo o 8º artigo agraciado à Convenção Americana de Direitos Humanos uma clara menção ao princípio da não culpabilidade, este que é extremamente necessário a todos os países democráticos.

Além disso, em termos de proporcionalidade, não é aceitável fazer valer um direito fundamental em favor de outro. Em outras palavras, não seria apropriado que a soberania das sanções afetasse as liberdades individuais, porque são direitos que afetam diferentes aspectos do ordenamento jurídico.

Até porque, mesmo que o júri popular seja entendido como a voz do povo, erros e equívocos podem ocorrer por razões humanas e cabe ao tribunal verificar isso, por exemplo, em caso de decisão contrária às evidências disponíveis.

A inconstitucionalidade do novo dispositivo é finalmente demonstrada pelo fato de que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que após uma condenação em segunda instância, não é possível a execução provisória da pena, é logicamente ainda mais irracional que isso seja possível após uma decisão dada pelo tribunal de piso.

A diferenciação criada pela Lei 13.964/ 19 é, portanto, absolutamente desarrazoada e verdadeiramente inconstitucional. Refira-se que a própria Constituição não contém qualquer reserva quanto à exceção à execução de sentença proferida pelo júri.

Deste ponto de vista, depois de tudo o que foi dito até aqui, são inconstitucionais o disposto no artigo 492, inciso I, letra “e” (última parte) e nos seus §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal, na acreção do artigo 3º da lei nº 13.964/ 2019 por violação dos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição), da isonomia e da proporcionalidade.

Em síntese, podemos dizer que o artigo 492, inciso I, inciso "e" do Código de Processo Penal, após todos os argumentos já apresentados, não se enquadra no atual ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, deve ser declarado inconstitucional sob o risco de continuar violando manifestamente os direitos fundamentais já adquiridos e divergindo da redação da Lei Suprema Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a Ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2016.

ALVA, Wladimir d' Albuquerque. **Da Prisão Preventiva**. Fortaleza:ABC.2004.p.42

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. In **O princípio do duplo grau na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos e sua compatibilidade com o direito brasileiro nos casos de foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94c8e4495d11846b> ; acesso em outubro de 2021.

BAYER, Diego Augusto. **Tribunal do júri**: princípio constitucional da soberania dos veredictos. 2013.

BECHARA, FÁBIO RAMAZZINI. **PRISÃO CAUTELAR**. SÃO PAULO: Malheiros Editores, 2005, p. 154

BORGES DE MENDONÇA, Andrey. **Prisões e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição nº 1, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Decreto Presidencial n.º 7.030** de 14 de dezembro de 2009

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de processo penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 5^a ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Lei, para que(m)?**. In: Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso: O poder da linguagem nos tribunais de júri**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 163p.

FRAGOSO, Héleno Cláudio. **A Questão do Júri**. In: Revista Forense. nº 193, 1961.

GRAU, Eros. **Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1998**. São Paulo, ed. USP, 1990, p. 68-72.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 13^a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. **Novo regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. p. 93.

MASCARI BONILHA, José Carlos. Prisão Preventiva. In MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (Coord.). **Tratado Temático de Processo Penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2000.

MIRABETE. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 p.489

PISANI, Mario, *Mannuale di Procedura Penale*. 8 ed. Bologna. Monduzzi, 2008.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri - ritual lúdico e teatralizado**. São Paulo, 2002. 284p. Tese

de Doutorado em Ciência Social (Antropologia Social). Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, Ritual e Teatro:** Um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012. 289 p.

STANISLAVSKI, Konstantin. **A construção da personagem.** 4.ed. Tradução: Pontes de Paula Lima. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986. 326p.

STANISLAVSKI, Konstantin. **A preparação do ator.** Tradução: Pontes de Paula Lima. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984. 365p.

TASSE, Adel El. **Tribunal do Júri.** Curitiba: Juruá, 2006.

TORNAGHI, Helio. **Curso de processo penal.** 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1987. 2 v p.87