

# A LEI nº 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”) E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

*Everton Cavalcante\**

*Márcio José Alves\*\**

## RESUMO

A execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme nova redação da alínea “e”, do inciso I, do art. 492 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, é o objetivo desta pesquisa. O debate em torno do tema é de fundamental interesse da sociedade, por envolver direitos e garantias fundamentais. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental em torno do tema buscou-se aferir a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade da execução provisória de pena. A proteção constitucional do princípio da presunção de inocência, ou princípio da não

\*Formado em Administração pela Unimar – Universidade de Marília, aluno do curso do Direito das Faculdades Integradas de Bauru. Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

\*\*Mestre em Direito Constitucional. Especialista na Formação do Professor. Delegado de Polícia. Professor da ACADEMIA de POLÍCIA da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

culpabilidade. Inexistência de conflito com a garantia constitucional da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção de inocência. A soberania dos veredictos não é um argumento válido para justificar a execução provisória da pena. Nenhuma sentença é irrecorrível. A supressão ou mitigação de alguma garantia fundamental representa um prejuízo para toda a sociedade.

*Palavras-chave:* Execução provisória da pena. Pacote Anticrime. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, provocou uma verdadeira reforma no sistema penal brasileiro, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal, e outras leis penais, como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), dentre outras. Uma das alterações mais importantes foi a do rito procedimental dos crimes afetos ao Tribunal do Júri. A nova redação da alínea “e”, do inciso I, do art. 492 do Código de Processo Penal, determina a prisão obrigatória do réu, com a execução provisória da pena em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, ainda que haja a interposição de eventual recurso.

Com isso, duas garantias constitucionais parecem conflitar: de um lado a presunção de inocência ou não culpabilidade, que estabelece que todos são inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; e de outro a soberania dos veredictos, que não permite que a decisão dos jurados seja modificada quanto ao seu mérito, por Tribunais Superiores. O debate em torno do tema é de fundamental importância e interesse de toda a sociedade, na medida em que envolve garantias individuais e fundamentais, direitos conquistados ao longo de séculos, sendo que a supressão ou mitigação de alguma dessas garantias representa um prejuízo para toda a coletividade.

## 2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência é também chamado pela doutrina de “princípio do estado de inocência”, bem como de “princípio da não culpabilidade”. Este postulado estabelece que toda pessoa acusada de um delito será presumivelmente inocente, até que sua culpa seja declarada por uma sentença contra a qual não caiba mais recurso (NUCCI, 2020). Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no inciso LVII, do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal que assim estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, foi necessário um longo caminho até que essa garantia fosse positivada em nossa legislação.

Conforme preleciona Nereu José Giacomolli, no direito romano já incidia a máxima do *in dubio pro reo* como regra de valoração da prova, quando se verificava a situação de alguém que estava sendo acusado. Na famosa *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei da Inglaterra João Sem Terra no ano de 1215, a liberdade e a propriedade eram expressamente protegidas, ou nas expressas palavras do encimado autor:

A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei e após um justo julgamento por seus pares...[1] “Art. 39: Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).” (GIOCOMOLLI, 2013, p. 945 e 951).

Contudo, o princípio da presunção de inocência propriamente dito encontra suas raízes no final do século XVIII, durante o período do “Iluminismo” na Europa Continental, no qual os pensadores daquela época se insurgiram contra o sistema processual penal inquisitório, que era aplicado desde o século XII. No sistema inquisitivo da Idade Média, o acusado não possuía nenhuma garantia, os julgamentos eram marcados por torturas e acusações secretas, enfim, a Inquisição queria a condenação do acusado a qualquer custo, presumindo-o, em regra, como culpado (RAGEL, 2019).

Cesare Beccaria, considerado o principal representante dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais, no ano de 1764, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, assim dispôs no capítulo “da questão ou tortura”: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo” (BECCARIA, 1764, p. 62).

Mas somente em 1789, com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o primeiro diploma no qual foi inserido expressamente o princípio da presunção de inocência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 9º estabelece que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (RANGEL, 2019, p. 85).

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, foi promulgada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na esperança de que um sistema normativo internacional pudesse prevenir violações aos direitos humanos (GIACOMOLLI, 2013). Referida disposição universal adotou o princípio da presunção de inocência como uma garantia a um processo justo, que em seu Artigo XI, *in verbis*, estabelece:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (DUDH, 1948).

Em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, trouxe expressamente no artigo 8 (garantias judiciais), no item 2, a seguinte redação: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Conforme Giacomolli, “a carta de adesão foi depositada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e a promulgação ocorreu através do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992” (2013, p. 946).

Renato Brasileiro de Lima (2020) lembra ainda que, até 1988, o princípio da presunção de inocência existia em nosso ordenamento apenas de maneira implícita, como uma decorrência do princípio do devido processo legal.

Entretanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, passou a constar expressamente no já citado inciso LVII do art. 5º. Para o referido autor, esse princípio pode ser definido como o direito de só ser declarado culpado após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado possa ter feito uso de todos os meios de prova pertinentes a sua defesa (ampla defesa), bem como tenha tido a oportunidade de tentar retirar a credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Tendo em vista que os princípios formam um sistema lógico e harmônico, conseqüentemente o princípio da presunção de inocência acaba por se relacionar com outros princípios e regras, como a prevalência do interesse do réu (*in dubio pro réu*), a imunidade à autoacusação, bem como a questão da prisão provisória frente ao princípio do estado de inocência.

### 3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri, previsto expressamente na Constituição em vigor, está inserido no art. 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, cujo inciso XXXVIII estabelece que: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. São estes, na verdade, os princípios fundamentais que norteiam a instituição do júri.

Plenitude de defesa: para a regularidade do devido processo legal, é fundamental que seja garantido aos acusados o contraditório e a ampla defesa, conforme estabelecido no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, no contexto do Tribunal do Júri, o legislador constituinte assegurou ao acusado a plenitude de defesa, que para a doutrina tem um conceito mais abrangente que o da ampla defesa:

Não parece se tratar de mera variação terminológica, com o mesmo conteúdo. Pleno (significa repleto, completo, absoluto, perfeito) é mais do que amplo (significa: muito grande, vasto, abundante). Assim, a plenitude

de defesa exige uma defesa em grau ainda maior do que o da ampla defesa (BADARÓ, 2020, p. 763).

Nos processos criminais que não são de competência do Tribunal do Júri, o réu será julgado por Juiz togado. Nesse caso, sem dúvida terá o acusado direito a ampla defesa, exercida por advogado constituído ou nomeado pelo juízo. Já no Tribunal do Júri, o réu será julgado por juízes leigos, que decidirão conforme sua íntima convicção, sem qualquer fundamentação, daí a importância da plenitude de defesa. Para Nucci (2020) a defesa no Tribunal Popular deve ser irretocável, absoluta, “perfeita”, obviamente dentro das limitações naturais dos seres humanos, já que uma atuação apenas “regular” do defensor poderia colocar em risco a liberdade do réu.

Sigilo das votações: no Tribunal do Júri é garantido o “sigilo das votações”, fato que não prejudica o princípio constitucional da publicidade (CF, art. 93, inciso IX), tendo em vista que todo o procedimento júri é realizado, em regra, de maneira pública, sendo apenas a votação dos jurados realizada de forma reservada. Votação que inclusive deverá ocorrer em “sala especial”, conforme estabelece o art. 485, caput, do Código de Processo Penal.

Conforme leciona Badaró (2020), a sala especial, ou “sala secreta” como denomina o autor, é de fundamental importância para que os jurados possam votar com tranquilidade e serenidade, evitando-se qualquer forma de constrangimento que poderia ocorrer se o ato fosse praticado diante do público. Dessa forma, a votação em sala especial se mostra compatível com o princípio da publicidade, pois como bem lembra a doutrina, todos os demais atos desse julgamento, como a colheita das provas, os debates orais e até mesmo a leitura da sentença, serão feitos publicamente, diante de todos os presentes no recinto do Tribunal do Júri.

Soberania dos veredictos: veredicto é o nome que se dá à decisão coletiva dos jurados, do chamado Conselho de Sentença, e representa a vontade do povo. Por soberania dos veredictos entende-se que a decisão dos jurados não pode ser modificada, no mérito, por outro órgão do Poder Judiciário. Todavia, isso não significa que as decisões do júri são definitivas, pois se assim fosse, não se poderia recorrer de um julgamento que eventualmente tenha apresentado um resultado arbitrário, ou até mesmo ilegal. O Código de Processo Penal, em seu art. 593, apresenta as situações em que é possível a interposição de

apelação das decisões do Tribunal do Júri, fato que não prejudica a soberania dos veredictos, conforme leciona Badaró:

A possibilidade de o Tribunal de Justiça dar provimento à apelação, para cassar a decisão dos jurados, que foi “manifestamente contrária à prova dos autos” (CPP, art. 593, caput, III, d), não fere a soberania dos veredictos. A decisão dos jurados não é substituída pelo Tribunal de Justiça, que se limita a cassá-la, determinando que novo julgamento seja proferido. A soberania significa que o tribunal popular dará a última palavra quanto ao mérito dos crimes de competência do júri. Entretanto, não significa que haverá apenas um único veredicto (BADARÓ, 2020, p. 765).

Logo, as decisões proferidas pelo Tribunal Popular sujeitam-se, como quaisquer outras, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário. Apenas ocorre que, se for dado provimento à apelação, o Tribunal de Justiça não poderá resolver o mérito da questão, mas determinar a realização de novo júri, que continua competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida: os crimes dolosos contra a vida são aqueles previstos nos artigos 121 ao 126 do Código Penal, quais sejam: homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação; infanticídio; aborto criminoso; todos tentados ou consumados. O Código de Processo Penal, entretanto, em seu art. 78, inciso I, prevê a possibilidade de o Tribunal do Júri julgar outros crimes, desde que conexos e/ou continentes com um crime doloso contra a vida. Isto é, se ocorrer um crime de estupro, cometido em conexão com um homicídio doloso, ambos serão julgados pelo Tribunal Popular (BADARÓ, 2020).

Importante salientar também que existem algumas situações, previstas na própria Constituição Federal, em que um delito doloso contra vida não será julgado pelo Tribunal do Júri, mas por outro órgão jurisdicional. Os casos em que o réu possui foro por prerrogativa de função, por exemplo, situação em que será julgado pelos Tribunais Superiores ou pelos Tribunais de Justiça, conforme a função exercida. Destaca-se também o crime de latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte), que não é considerado um crime contra a vida, mas contra o patrimônio, sendo a competência para julgamento do juiz singular, conforme estabelece a súmula nº 603 do STF: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

## 4 A INCONSTITUCIONALIDADE PRESENTE

A Lei nº 13.964/2019, o conhecido “Pacote Anticrime”, alterou a alínea “e” do art. 492 do CPP, além de incluir quatro parágrafos ao caput do referido diploma legal. Assim ficou a nova redação da alínea:

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

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; (BRASIL, 1941).

Frise-se que a lei não deixou a critério do julgador determinar ou não a execução provisória da pena. Em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o Juiz, obrigatoriamente deverá determinar a imediata execução da pena, com a expedição do respectivo mandado de prisão, ainda que a parte manifeste o desejo de recorrer da decisão.

O momento da prisão para início do cumprimento da pena sempre gerou discussão. Agora, com a execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal do Júri, o conflito parece se estabelecer entre dois direitos fundamentais: a presunção de inocência de um lado (CF, art. 5º, LVII), e a soberania dos veredictos do outro (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”). No entanto, dentro da ótica constitucional-processual, o conflito inexistente, pois, tratando-se ambos os direitos de garantias individuais previstos no art. 5º da CF, portanto cláusulas pétreas, ambas podem e devem coexistir de forma harmônica.

Certamente, a execução provisória da pena após decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri divide opiniões. Na verdade, o tema já está sendo debatido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema. O Relator do caso é o Ministro Luís Roberto Barroso. Além do Ministro Barroso já votaram os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. No momento o placar está em 2 x 1 a favor da prisão imediata após a condenação pelo Tribunal do Júri. Os Ministros Barroso e Toffoli votaram favoravelmente à execução provisória nesse caso, com a tese de que a soberania dos veredictos confere

à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto ao seu mérito. O Ministro Gilmar foi o primeiro a abrir divergência, defendendo a aplicação da tese fixada nas ADCs 43, 44 e 54, segundo a qual deve-se aguardar o esgotamento das vias recursais. O próximo a votar será o Ministro Ricardo Lewandowski, que pediu vista dos autos.

Contudo, por hora, existem duas posições sobre o assunto: aqueles que entendem pela constitucionalidade da execução provisória; e aqueles que entendem pela sua inconstitucionalidade. Aqueles que opinam pela constitucionalidade da norma entendem que, a soberania dos veredictos, por não permitir a revisão da decisão dos jurados no seu mérito, autoriza, portanto, o cumprimento imediato da pena em caso de condenação. Entretanto, com a devida vênia àqueles que defendem esse ponto de vista, a soberania dos veredictos não se confunde com a impossibilidade de revisão e reanálise da decisão dos jurados pelos Tribunais, que podem rever a regularidade e a legalidade dos atos proferidos nos processos julgados pelo Tribunal Popular.

O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 593, inciso III, estabelece expressamente as hipóteses em que é possível a interposição de recurso de apelação, conferindo aos Tribunais, isto é, aos Desembargadores, a prerrogativa de analisar os critérios formais de validade dos atos praticados, a dosimetria da pena, bem como decretar a nulidade da decisão dos jurados, quando esta for manifestamente contrária a prova dos autos. Assim dispõe o referido diploma:

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 (BRASIL, 1941).

O princípio da soberania dos veredictos não atribui à decisão do conselho de sentença um caráter de imutabilidade, apenas delimita as matérias que poderão ser apreciadas em eventual recurso. O que é vedado aos Desembargadores é alterar o mérito da decisão dos jurados quanto à condenação ou à absolvição do réu. Conforme ensina Renato Brasileiro (2020), por mais que se argumente que a soberania dos veredictos não permite que um Tribunal, formado por Juízes togados, possa modificar o mérito da decisão do júri, isso não permite concluir que as decisões dos jurados sejam definitivas e

irrecorríveis e, por isso, exequíveis de imediato. Aceitar essa possibilidade seria o mesmo que admitir que se está diante de um poder absoluto, incontestável, o que, evidentemente, é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

A soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal ostenta valor meramente relativo, do que se conclui que as decisões do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade, sendo plenamente possível que o Juízo ad quem determine a cassação da decisão de 1ª instância do Júri para que o acusado seja submetido a novo julgamento, se acaso restar evidenciado que a decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d” e §3º). É dizer, o fato de o Tribunal de Justiça (ou TRF) não estar legitimado a proceder ao juízo rescisório por ocasião do julgamento de apelação contra decisão do Júri não guarda nenhuma relação direta com a execução imediata da sentença condenatória, visto que subsiste a competência do juízo ad quem para efetuar o juízo rescindente e determinar, em se tratando de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, um novo julgamento (LIMA, 2020, p. 1540).

Reforça ainda a inconstitucionalidade da referida alínea o quantum de pena a determinar a execução provisória: 15 (quinze) anos. Essa determinação se torna incompatível com a própria soberania dos veredictos, já que significaria dizer que a soberania dos veredictos valeria apenas para condenações acima desse quantum.

Quanto a garantia constitucional da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, o recente julgamento das ADCs 43, 44 e 54 reafirmou o correto posicionamento do Supremo Tribunal Federal de 2009, determinando que todo acusado deve ser tratado presumidamente como inocente, desde a instauração do inquérito policial, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impedindo-se, portanto, a execução provisória da pena.

Dessa forma, a Corte Suprema se posicionou de maneira definitiva, sem ressalvas, no sentido de que a cláusula pétrea da presunção de inocência alcança todo o processo penal, das investigações até a preclusão de eventual sentença condenatória, e vale para qualquer pessoa, bem como para qualquer delito previsto no Código Penal, ou na legislação extravagante. Não há exceção, nem mesmo para os delitos de competência do Tribunal do Júri. A esse respeito, Badaró leciona que:

[...] O novel dispositivo é claramente inconstitucional, por ser incompatível com a presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, que deverá vigorar até o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

(CF, art. 5º, caput, LVII). E não afasta a inconstitucionalidade, o fato de o novo § 3º possibilitar que o juiz “excepcionalmente”, deixe de autorizar o início da execução provisória, “se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”. Num regime que respeite a presunção de inocência, a regra é a liberdade, e a prisão a exceção. E não o contrário! (BADARÓ, 2020, p. 834).

Com isso, percebe-se que não existe conflito entre a soberania dos veredictos e o princípio da presunção de inocência. Enquanto aquela vincula-se ao princípio da preservação do Juiz Natural, mitigando o efeito devolutivo do recurso de apelação, este proíbe a execução provisória da pena sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução provisória da pena no Tribunal do Júri, além do princípio da presunção de inocência, fere também o direito ao duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o Tribunal Popular pertence a 1ª instância do Poder Judiciário e, ainda que pertencesse a uma instância superior, todos têm o direito a que se reveja, pelo menos uma vez, um provimento jurisdicional. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, estabelece expressamente em seu art. 8, n. 2, alínea “h” que:

Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (CADH, 1969).

Importante mencionar que a Lei nº 13.964/2019 também incluiu no art. 492 do CPP os §§ 3º, 4º, 5º e 6º. O § 4º prevê expressamente que eventual recurso, interposto contra a decisão condenatória, não terá efeito suspensivo. Entretanto, o §3º estabelece que, em eventual recurso interposto, o Juiz presidente poderá deixar de autorizar a execução provisória da pena “se houver questão substancial cuja resolução pelo Tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão de condenação”.

No mesmo sentido, o §5º do referido diploma legal também permite ao Tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação. No entanto, esses parágrafos

não retiram o caráter inconstitucional da alínea “e” do art. 492 do CPP, ao passo que a regra estabelecida pelo dispositivo é a obrigatoriedade da execução provisória, enquanto que a concessão de efeito suspensivo ao recurso é a exceção. Frise-se ainda que o legislador não definiu o que seria uma “questão substancial”, o que pode gerar diversas interpretações.

Necessário ainda rebater mais um argumento da corrente que defende a execução provisória da pena: uma possível impunidade de agentes que tenham cometido homicídios bárbaros, ou de forma reiterada. Não se discute a gravidade do delito, certamente um dos mais detestáveis, nem tão pouco é desejável ver o agente delituoso escapar à sua punição. Não há como negar que temos um sistema jurídico moroso devido ao excesso de demandas, bem como que, de certa forma, a lei permite a interposição de excessivos recursos, em muitos casos meramente protelatórios. No entanto, diante do princípio constitucional da presunção de inocência estabelecida na Lei Maior, não é possível se afastar a necessidade do trânsito em julgado para a execução de uma pena, de qualquer pena.

A solução para o caso não é a mitigação da garantia constitucional da presunção de inocência, nem tão pouco a “ilegal” execução provisória da pena. O caos do sistema punitivo brasileiro precisa passar por uma mudança legislativa, e não jurisprudencial. Nesse sentido, a própria Lei nº 13.964/2019 trouxe uma importante alteração no Código Penal, ao incluir no art. 116, o inciso III, criando uma nova causa suspensiva de prescrição. Assim dispõe o referido artigo: “Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”. Com isso a lei passa a “punir” o exercício abusivo do direito de recorrer, evitando a prescrição do processo em caso de interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, que visam apenas postergar o trânsito em julgado.

A prisão cautelar também se apresenta como uma opção legal à execução provisória da pena. Se, após a condenação em primeira instância pelo júri, a liberdade do acusado representar risco à execução da pena, ou à garantia da ordem pública, gerando intranquilidade na sociedade, a medida legal e cabível é a prisão cautelar. A prisão preventiva pode ser requerida pela acusação em qualquer fase da ação penal, podendo ser decretada pelo juízo desde que estejam presentes, no caso concreto, os requisitos legais de contemporaneidade, do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova da materialidade), e do *periculum libertatis*, conforme art. 312 do CPP. Vale destacar ainda que, estando

presentes todos os requisitos, a prisão cautelar, se necessário, pode perdurar até o trânsito em julgado de eventual condenação.

Por fim, merece destaque também a contradição estabelecida pela própria Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal. Enquanto a alínea “e”, do inciso I, do art. 492 determina a execução provisória da pena, o art. 283, alterado pela mesma lei, estabelece que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar *ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*”. Com isso, fica evidente a inconstitucionalidade da execução provisória da pena prevista no art. 492 CPP, já que o art. 283, do mesmo diploma, foi declarado constitucional no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, justamente por reproduzir o texto da nossa Lei Maior.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o popular “Pacote Anticrime”, trouxe importantes alterações no sistema penal brasileiro, e muitas delas foram bem recebidas por juristas e doutrinadores. Contudo, não há como negar a grave inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal do Júri à pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme estabelece a nova alínea “e” do inciso I do art. 492 do CPP.

A violação ao princípio constitucional da presunção de inocência é evidente. O inciso LVII, do art. 5º da Constituição, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não poderia ter uma redação mais clara e objetiva. A literalidade do inciso não deixa margem para controvérsias semânticas.

A Constituição não fez nenhuma ressalva, nenhuma exceção. “Ninguém” realmente quer dizer nenhuma pessoa, independente do delito praticado, da situação econômica ou das condições pessoais de cada um. A “culpa” é requisito para aplicação da pena. É inimaginável em um Estado Democrático de Direito o agente receber uma sanção não tendo ainda se formado sua culpabilidade de maneira definitiva. Culpa e sanção são indissociáveis. “Trânsito em julgado” equivale a dizer o momento em que o provimento jurisdicional não comporta

mais recurso. Portanto, apenas quando a sentença penal se torna irrecurável é que o acusado pode ser considerado, com segurança jurídica, “não inocente”, para só então sofrer a execução de sua pena.

A soberania dos veredictos trata-se de importante garantia constitucional atribuída ao Tribunal do Júri. No entanto, não é um argumento válido para justificar a execução provisória da pena. Soberania dos veredictos equivale dizer que a decisão dos jurados não pode ser alterada no mérito, mas não que essa sentença é irrecurável. De fato, nenhuma sentença em nosso ordenamento jurídico o é. Se assim fosse, a soberania dos veredictos não violaria apenas a presunção de inocência, como também o duplo grau de jurisdição, e estaríamos diante de um “poder absoluto”, algo incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Há que se considerar ainda o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no qual se decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância para o início do cumprimento da pena. Assentou-se também a constitucionalidade do princípio da presunção de inocência, de maneira que todo acusado deve ser tratado como presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Se a execução provisória da pena é considerada inconstitucional após a condenação em segunda instância, com muito mais razão deveria ser considerada inconstitucional após a condenação no Tribunal do Júri, órgão da primeira instância.

Por óbvio, não se está a defender a impunidade do agente autor de um crime doloso contra a vida, certamente um dos mais abomináveis e repugnantes que pode existir. No entanto, a solução para o caso não pode ser a retirada de uma garantia constitucional. A melhor solução que se apresenta ao caso já está prevista na lei, a prisão cautelar. Se o agente é de alta periculosidade, de maneira que sua liberdade provoque intranquilidade na sociedade, representando um risco à ordem pública, a medida mais adequada é a prisão preventiva, que pode ser decretada mesmo antes da decisão do conselho de sentença, podendo perdurar até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aos operadores do direito cabe analisar se a execução provisória da pena, a despeito do clamor popular, está ou não de acordo com a Lei Maior. Se há um problema na lei, este não pode ser corrigido praticando-se outra ilegalidade. Exigir de uma pessoa que pague a pena de um crime, podendo ainda vir a

ser absolvida, além de injusto é uma situação irreversível. A liberdade retirada não pode ser restituída. Aceitar a execução provisória da pena, em qualquer circunstância, é retirar do agente sua garantia constitucional de presunção de inocência. Essa é uma garantia da “pessoa”, e não do “crime”. Não é possível se presumir a inocência em crimes “leves”, e presumir a culpabilidade em crimes graves.

As garantias individuais levaram séculos para serem conquistadas, e outros tantos para serem positivadas, garantido um tratamento justo aos cidadãos frente ao poder do Estado. Foram muitos anos de luta, de homens e mulheres, para que os direitos básicos de todo ser humano estivessem previstos de forma expressa em constituições, tratados e leis. Não há dúvida que, retirar um direito daquele que transgrida a lei é retirar um direito de todos. A perda de um direito fundamental não prejudicará apenas alguns, representa um retrocesso que em algum momento prejudicará todos os indivíduos da sociedade.

Há, por fim, um último questionamento que todos deveriam se fazer: eventualmente vindo a ser réu em um processo penal, qual seria o melhor sistema de julgamento, aquele que presa por seu estado de inocência, ou aquele que exige o cumprimento da pena antes mesmo da interposição de qualquer recurso? É obvio que ninguém gostaria de se sentar no banco dos réus no Tribunal do Júri, mas lá estando, um sistema que presa pela presunção de inocência, ao invés daquele que exige o cumprimento provisório da pena, parece ser o mais justo em um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. Ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 jul. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José, Comentário ao artigo 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 945-953.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.