



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO**

**CURSO DE DIREITO**

**RAQUEL POMPEU DA SILVA**

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI:  
UMA ANÁLISE SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492,  
INCISO I, ALÍNEA “E”, DO CPP**

**FORTALEZA**

**2022**

RAQUEL POMPEU DA SILVA

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: uma análise sobre a (in) constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP

Artigo TCC apresentado ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fametro - Unifametro, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da prof. Carlos Teixeira Teófilo.

FORTALEZA

2022

RAQUEL POMPEU DA SILVA

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: uma análise sobre a (in) constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP

Artigo TCC apresentado no dia 15 de junho de 2022 ao curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Fametro – Unifametro, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Carlos Teixeira Teófilo

Orientador – Centro Universitário Fametro – Unifametro

---

Prof. Me. Leonardo Jorge Sales Vieira

Membro – Centro Universitário Fametro – Unifametro

---

Prof. Me. Pedro Eduardo Pompeu de Sousa Brasil

Membro - Centro Universitário Fametro – Unifametro

## **A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI: uma análise sobre a (in) constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP**

Raquel Pompeu da Silva<sup>1</sup>

### **RESUMO**

Atualmente vários são os temas discutidos pelos operadores e estudiosos do direito. O princípio da presunção de inocência no Brasil passou a ter maior destaque a partir dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Especificamente, no tocante ao presente trabalho, essas discursões versam sobre a possibilidade de poder haver a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Este estudo tem como objetivo analisar a constitucionalidade do artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, usando como parâmetro a legislação e o entendimento da Corte Suprema. Com foco nesse objetivo, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica em que foi aplicada a metodologia dedutiva com uma abordagem qualitativa, com base em análises feitas na legislação, doutrina, e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como principais resultados foi possível observar que o princípio da presunção de inocência é importante pilar para os direitos e garantias fundamentais e não deve ser suprimido ou relativizado. A jurisprudência do Supremo Tribunal nesse momento tem o entendimento de que a pena de prisão só poderá ser executada após o trânsito em julgado. O artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP é inconstitucional pois não se compatibiliza com o texto da Constituição Federal de 1988, nem com o entendimento atual da Corte Suprema.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Supremo Tribunal Federal. Alterações Pacote Anticrime.

<sup>1</sup> Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro – Unifametro.

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das discussões mais relevantes e atuais do direito brasileiro versa sobre qual o momento em que deve ser iniciada a execução da pena privativa de liberdade, havendo duas correntes de argumentos a respeito dessa questão.

A primeira defende que o início da execução deve se dar após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; enquanto a segunda afirma que deve ocorrer de imediato, ou seja, após a decisão de um tribunal de segunda instância.

A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, que é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. A referida norma legal preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Historicamente, o princípio da presunção de inocência remonta ao Direito Romano. No período da inquisição, na Idade Média, porém, a presunção de inocência foi constantemente atacada e, depois de vários anos, foi finalmente consagrada na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 (LOPES JUNIOR, 2021).

No decorrer dos anos ocorreram mudanças de entendimento dos tribunais superiores sobre em que momento deveria se iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O posicionamento atual, que foi decidido em novembro de 2019, por meio do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, é o de que a execução da pena só poderá ocorrer após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ocorre que, em janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”. Essa lei trouxe significativas alterações, tanto ao Código Penal (CP), como ao Código de Processo Penal (CPP).

Dentre essas mudanças, há uma alteração no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP, que traz a possibilidade de que, nas condenações advindas de sentenças proferidas pelo tribunal do júri, com pena igual ou superior a 15 anos, será permitida a execução provisória da pena, ou seja, cria-se uma possibilidade de execução provisória da pena que vai de encontro ao entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (STF).

Logo, haverá a necessidade de se fazer a ponderação entre dois importantes princípios: o princípio da presunção de inocência, basilar e importante vetor de proteção do indivíduo contra os arbítrios do Estado; e o princípio da soberania dos veredictos, também de elevada

importância para o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho se justifica, destarte, devido à instabilidade de entendimento da Corte Suprema, fato esse que cria um ambiente de insegurança jurídica e faz com que o país perca credibilidade perante o mundo, pois crises no sistema judicial costumam ter impactos em outras áreas e em setores importantes para o desenvolvimento da sociedade.

Além do que, o debate em torno da temática passa ainda por outros princípios que também fundamentam a República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, e se faz necessário que a jurisprudência do Supremo Tribunal seja uniforme e constante no que se refere aos valores basilares do direito, não oferecendo riscos de interpretações divergentes e nem fragilidades na prestação jurisdicional.

Perante o exposto, a presente pesquisa pretende verificar a possibilidade da execução provisória da pena em condenações advindas de sentença condenatória no âmbito de Tribunais do Júri, buscando responder a seguinte indagação: é constitucional a execução provisória da pena, conforme preceitua o artigo 492, inciso I, alínea “e”, do CPP?

Logo, tem-se, como objetivo geral, conferir a constitucionalidade do referido artigo (492, I, “e”, do CPP).

Com o propósito de alcançar o objetivo geral, foram definidos, enquanto objetivos específicos: apresentar o princípio da presunção de inocência em seu aspecto histórico, bem como trazer a sua evolução teórica junto ao Estado moderno; analisar os julgados dos Tribunais referentes ao tema proposto; bem como examinar as alterações trazidas pelo “Pacote Anticrime” em relação a execução provisória da pena em condenações advindas do Tribunal do Júri, pesquisando, ainda, acerca da natureza e da origem histórica desse instituto.

A metodologia aplicada foi a dedutiva, partir de uma abordagem qualitativa, em que foi feita a análise de documentos e a revisão bibliográfica com a utilização de leis, de doutrinas e de jurisprudência.

## **2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

Antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência era considerado um princípio implícito, que não constava expressamente no texto constitucional, e que decorria do princípio do devido processo legal. O princípio da presunção de inocência é o direito que um indivíduo tem de não ser declarado culpado se ainda existirem dúvidas sobre sua culpabilidade (LIMA, 2020).

Dessa forma, verifica-se o grau de importância do referido princípio, já que consta na Lei Maior do Estado brasileiro, sendo necessário uma análise acerca da origem do princípio, bem como sobre a sua importância na qualidade de princípio que tem como fundamento assegurar a garantia ao estado de inocência dos cidadãos.

## **2.1 O surgimento do conceito de presunção de inocência e a sua importância enquanto direito fundamental**

As sociedades da Idade Média passaram por alguns ciclos de mudança, que impactaram de forma significativa o modo com as pessoas passaram a viver e a se organizar politicamente (MONDAINI, 2020).

Porém as dinâmicas de organização política e econômica da sociedade começam a mudar, trazendo novas formas de pensar e, como consequência, novas ideias, consoante aponta Mondaini:

[...] uma sociedade urbana, industrial e capitalista vai ocupando o posto de uma sociedade rural, agrícola e feudal que, até então, se imaginava eterna e natural, tão eterna e natural quanto a exploração econômica e a dominação política exercida pela aristocracia sobre o conjunto de plebeus.(MONDAINI, 2020, p.27).

Nesse contexto, no período de transição da idade Média para a idade Moderna, muitos conflitos ocorreram. Cada mudança que ocorre na sociedade é advinda da percepção de problemas estruturais que impactam no desenvolvimento humano, sem falar nas injustiças sociais a que grande parte das populações eram submetidas.

Juntando esses fatores a necessidade de grupos específicos, como a burguesia, que almejava maior espaço de poder, foi que ocorreram profundas mudanças estruturais nas sociedades no pré-revolução francesa. Ainda segundo Mondaini, pode-se perceber que:

[...] a ultrapassagem de uma sociedade feudal rumo a outra, capitalista, não se deu de maneira pacífica, sem maiores conturbações. Muito pelo contrário, tal transformação foi levada a cabo de maneira violenta, por intermédio de sangrentas revoluções, responsáveis pela ascensão ao poder político de uma nova classe social – a burguesia. (MONDAINI, 2020, p.27).

Como consequência dessas mudanças, surge um importante documento de declaração de direitos, na Inglaterra, em 1689, fruto de um processo de revolução pelo qual passou aquele país entre os anos de 1640 e 1688. Foi um período de grandes acontecimentos políticos, em que

a principal crítica era contra a Monarquia Absolutista enquanto modelo de organização social imposta até aquele momento (MONDAINI, 2020).

Depois de vários acontecimentos até que se chegasse à Revolução Gloriosa, foi elaborado o *Bill of Rights*, documento que tinha como principal característica definir que haveria, dali em diante, uma clara ideia de separação de poderes, dentre outros postulados.

Outro importante marco para a concretização dos direitos civis foi a obra denominada “Carta acerca da tolerância” (1689), do importante pensador John Locke. Esse escrito, basicamente, argumentou que o Estado não deveria ter uma religião específica e que sua função seria zelar pela propriedade privada, não devendo se ocupar com questões da esfera particular dos cidadãos (MONDAINI, 2020).

E, assim, os movimentos políticos e as ideais foram sendo ampliadas e desenvolvidas por todo o mundo, até que surge a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (1776). Já o contexto de criação desse documento vem com uma série de revoltas e união política dos habitantes das treze colônias britânicas da América do Norte (MONDAINI, 2020).

A coroa Britânia, na época, instituiu uma série de aumentos nos impostos sobre as treze colônias devido ao fato de ter se enfraquecido economicamente por causa da guerra contra a França, o que fez com que a coroa Britânica colocasse todo o ônus em suas colônias, o que gerou várias revoltas e um sentimento que, mais tarde, viria a ser retomado na Guerra de Independência (MONDAINI, 2020).

Com a Declaração de direitos do Estado da Virgínia, um novo paradigma de proteção dos direitos fundamentais havia surgido. Esse documento traz, expressamente, a ideia embrionária de que os indivíduos teriam direitos mínimos que viessem a lhes garantir um julgamento pautado na defesa dos direitos civis, conforme o trecho:

8°. Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte, o réu tem o direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir prova em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei da terra ou pelo julgamento de seus pares. (MONDAINI, 2020, p.55).

Indo um pouco mais a frente na formação histórica dos direitos fundamentais, temos outro marco de fundamental importância para este trabalho. A Revolução Francesa, no século XVIII, em que um processo de transformação do pensamento ocidental foi responsável pelas várias ideias que influenciaram os diversos setores da sociedade brasileira (MONDAINI, 2020).

Durante esse período, surge o movimento iluminista, que tinha o objetivo de trazer

mudanças à sociedade através da disseminação de conhecimento e do enaltecimento do pensamento voltado à razão, em contraposição ao pensamento estritamente religioso, que era o comum na época. A respeito do assunto, dispõe Mondaini:

No plano das ideias, a crítica ao Antigo Regime se nutriu do desenvolvimento de uma nova forma de pensar o mundo: diametralmente oposta àquela tradicionalmente patrocinada pela Igreja Católica Romana, fundada na percepção divina das coisas, na qual tudo seria fruto da criação de Deus, inclusive o poder dos reis. Contra essa visão teológica da vida, o pensamento iluminista propôs a utilização da razão como instrumento de conhecimento do mundo e libertação dos homens de todas as formas de opressão. (MONDAINI, 2020, p.28).

Dentre os autores que iniciaram as discussões sobre a proteção contra as ilegalidades cometidas e que deram início às bases do princípio da presunção de inocência está Cesare Beccaria, autor da célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, de 1764.

Segundo argumenta Beccaria (1999), as penas devem ser aplicadas levando-se em consideração a estrita necessidade e o objetivo de proteção da ordem na sociedade, correndo o risco de que, em havendo uma aplicação que fuja desses limitadores, a necessidade de aplicação da pena venha a se tornar um exercício do poder tirânico.

Crítico da utilização de tortura no processo, Beccaria (1999) traz uma nova perspectiva de como a sociedade deveria pensar e repensar a utilização das leis e das penas para imprimir, enquanto atribuição de penas, cada vez menos castigos degradantes, fazendo com que tivessem, como fim, a correta proporção entre o mal causado pelo infrator e o mal suportado pela sociedade.

Inspirado pelos ideais iluministas, o autor explicita a necessidade de que um indivíduo não seja mais punido sem que haja a absoluta certeza de sua culpa, conforme preceitua em sua obra:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou incerto. (BECCARIA, 1999, p.61).

Podemos observar como os movimentos políticos e sociais foram importantes para a formação jurídica de ideias que culminariam no conceito de presunção de inocência, dando assim, as bases de sustentação para esse importante princípio do direito processual penal.

O primeiro instrumento normativo a trazer em seu texto o princípio da presunção de inocência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O texto consta, na

primeira parte, do Art. 9º, conforme dispunha em sua redação original, *in verbis*:

*“Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”* (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789).<sup>2</sup>

A partir desse momento, houve o estabelecimento de uma importante garantia política do cidadão. Segundo Lopes Junior (2021, p. 37), “O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana”.

Outro importante documento a trazer o referido princípio foi a Convenção Americana de Direitos humanos, que foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (LIMA, 2020).

Em seu artigo 8º, em que preceitua as garantias judiciais, a referida Convenção estabelece, além do postulado da presunção de inocência, vários mecanismos relacionados com a ampla defesa, conforme o texto legal:

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: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Desse modo, percebesse a relevância do estudo do processo histórico, político e social que deu origem ao conceito de presunção de inocência, através das mudanças e das revoluções

<sup>2</sup> Tradução: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

pelas quais passaram as sociedades pré-modernas até que se chegasse ao conceito atual do princípio.

## **2.2 O princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro**

O Princípio da Presunção de inocência encontra-se exarado no documento mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso LVII, preceitua que “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, s/p).

Antes que a presunção de inocência chegasse ao status de princípio fundamental, ocorreram várias mudanças legislativas, desde o período colonial, até a república, em que tivemos momentos de total inexistência em relação à proteção de defesa das liberdades individuais, ficando os cidadãos entregues aos arbítrios dos detentores do poder de cada período (NUCCI, 2022).

No período Colonial, que foi de 1500 até 1822, quando os portugueses chegaram ao Brasil não havia legislação criminal, ou qualquer outra, que regulasse os acontecimentos locais. Os índios tinham suas próprias formas de lidar com os conflitos, que remontavam à tradições milenares (NUCCI, 2022).

Essas práticas, que, muitas vezes, tinham, como referência, um modelo de vingança privada, foram consideradas demasiadas cruéis pelos portugueses. Foi então, que os recém-chegados em terras brasileiras resolveram aplicar a legislação portuguesa no Brasil (NUCCI, 2022).

As Ordenações do Reino eram o instrumento normativo utilizado pelos portugueses e que passou a ser implementadas no Brasil quando houve a instalação dos portugueses em território brasileiro. Passou a vigorar, primeiramente, as Ordenações Afonsinas de 1446; logo após, as Ordenações Manuelinas de 1521; e, por último, as Ordenações Filipinas, que foram as mais longas, tendo durado de 1603 até 1830 (NUCCI, 2022).

Essas ordenações tinham, como característica, um processo penal em que vigorava a presunção de culpa, além do que eram regidas pelo sistema inquisitório, em que uma única pessoa ficava responsável por investigar e julgar o acusado (NUCCI, 2022).

Nesse período da história, o Brasil se encontrava na posição de colônia de Portugal, fato esse que tinha, como uma das consequências, o pagamento de impostos. Em Minas Gerais, ocorreu um fato histórico bastante importante para a compreensão de como se operava à época o sistema processual (BRIGAGÃO, 2018).

Minas Gerais foi um importante local de exploração de riquezas para Portugal, principalmente na época de exploração do ouro, um importante produto que movimentava comércios e um sistema de exploração em todo o mundo. Isso fica evidente na fala do estudioso Brigagão:

No Brasil, uma das principais fontes de riqueza era o ouro, e, por isso, precisava ser controlado e fiscalizado. Com esse objetivo, em 1702, na capitania de Minas Gerais, foi criada a “Intendência das Minas”, uma instituição da Coroa cuja função era conceder autorizações de mineração, verificar a quantidade de metais preciosos extraídos e fiscalizar o pagamento do quinto sobre eles (BRIGAGÃO, 2018, p. 366).

Em um determinado momento, a cobrança de impostos por parte da coroa e algumas das práticas voltadas a garantir que esses impostos chegassem até a coroa tornaram-se um incômodo para vários setores da sociedade colonial brasileira (BRIGAGÃO, 2018).

Ocorre que, devido ao aumento, cada vez maior, das taxas de cobrança, algumas pessoas resolveram se juntar com o objetivo de promover uma revolta contra as práticas consideradas abusivas. Nesse cenário, e com forte influência das ideias iluministas que chegaram ao Brasil, surge Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como “Tiradentes” (BRIGAGÃO, 2018).

A história de como ocorreu o processo e a condenação dos envolvidos no movimento político chamado “Inconfidência Mineira” é importante para que se possa observar quais direitos e garantias estavam disponíveis aos cidadãos brasileiros no período colonial.

Em dado momento, denúncias são feitas sobre o plano e, com isso, os principais líderes e participantes são presos. Inicia-se o rito processual de apuração que tinha, como objetivo, a investigação de tudo sobre o movimento (BRIGAGÃO, 2018).

Tiradentes, segundo esclarece Brigagão (2018), fora acusado de cometer o crime de lesa-majestade, crime este que estava previsto no Título VI, Livro V, das Ordenações Filipinas. Iniciado o processo, os acusados foram submetidos ao rito procedimental chamado, à época, de Autos da Devassa, conforme os apontamentos de Brigagão:

A apuração do crime de lesa-majestade cometido pelos inconfidentes foi feita por meio de rito processual cujo objetivo era o de realizar a mais completa investigação sobre o movimento. Eram os Autos de Devassa (cuja versão impressa foi publicada pela Câmara dos Deputados e pelo governo de Minas Gerais, em edições de 1936, 1978 e 1982) (BRIGAGÃO, 2018, p. 371).

O rito da Devassa era a forma de se analisar os documentos, verificar provas, ouvir testemunhas, observar possíveis indícios que pudessem apontar um nexo entre os acontecimentos e fatos apurados e o que se encontrava descrito na lei com objetivo de formar

o convencimento do julgador (BRIGAGÃO, 2018).

O que ocorria durante esse procedimento deixava claro que não se tinha preocupação em resguardar o direito de defesa dos acusados, tão pouco a presunção de inocência, sendo o procedimento um fim em si mesmo, já que os acusados eram expostos à graves violações processuais. Sobre o tema, aponta Brigagão:

No processo Auto de Devassa, as regras eram bem diferentes. Inquérito e processo eram conduzidos pelos próprios juízes e escrivães, permanecendo os acusados incomunicáveis e sem que os seus advogados pudessem atuar enquanto não finalizado todo o procedimento investigatório. Esses profissionais somente poderiam atuar e apresentar suas defesas quando a devassa fosse concluída, sem que tivessem tido contato, de qualquer espécie, com aqueles cuja defesa estivesse sendo por eles patrocinada. (BRIGAGÃO, 2018, p. 372).

Após a sentença, em que Tiradentes foi condenado, houve a execução, que ocorreu por enforcamento, sendo, em seguida, seu corpo esquartejado, traço esse que denota o caráter das penas cruéis ainda presentes na sociedade brasileira do período colonial (BRIGAGÃO, 2018).

O que se pode perceber é que o período colonial foi marcado por um sistema inquisitório, em que os acusados não tinham quase nenhum direito fundamental assegurado, além de serem recorrentes as práticas cruéis e desumanas enquanto base desse sistema.

Após o período colonial, houve o período Imperial, que durou de 1822 à 1889, quando, então, passou a vigorar a República. Ocorre que, quando Dom João VI retorna ao seu país e Dom Pedro assume como regente, ele institui o Decreto de 23.05.1821, em que legisla sobre a prisão de criminosos (ZAFFARONI, 2021).

Conforme Zaffaroni (2021), em 1830, foi promulgado o Código Criminal, que tinha, como base de elaboração, a Constituição de 1824 e que sofreu influência, também, de ideias liberais, como as do pensador Jeremy Bentham, além das de outros pensadores iluministas. Nesse sentido, esclarece Zaffaroni:

O Código Imperial, como já deixamos assinalado, apresenta um texto retributivo, ou seja, marcado pelo pensamento contratualista de seu tempo, ainda que apresentasse ideias de BENTHAM. Seu sistema de “penas fixas”, tabuladas quase que matematicamente, constitui herança do pensamento francês da Revolução. Uma de suas mais importantes contribuições está na maneira como regulava a multa, que era estabelecida de acordo com o sistema do dia-multa, com uma grande analogia com aquele que, no século XX, se conhece como “sistema nórdico” (ZAFFARONI, 2021,p.259).

O Código Criminal de 1830 trouxe algumas mudanças, como a proporcionalidade entre o crime e a pena, tendo sido o primeiro documento a trazer um dos mais importantes remédios constitucionais, que foi o *habeas corpus*, além de ter proibido que as penas passassem da

pessoal do condenado para seus familiares. Contudo, ainda não estava plenamente direcionado para um sistema que prezasse pela presunção de inocência (ZAFFARONI, 2021).

Além disso, algumas incoerências continuavam acontecendo, como o fato de os negros escravizados ainda serem tratados de forma desigual perante os ritos processuais de aplicação da lei pena então vigente. Esse fato evidenciava uma contradição, uma vez que a Constituição de 1824 já preceituava que todos deveriam ser tratados de forma igual perante a lei (ZAFFARONI, 2021).

Em 1932, o Desembargador Vicente Piragibe foi chamado a compilar as normas penais, devido ao fato de terem aparecido muitas leis modificadoras e extravagantes, o que culminou em um documento que recebeu o nome de Consolidação das Leis Penais (CUNHA, 2022).

Após esse fato, em 1942, foi elaborado e entrou em vigor o Código Penal que, segundo os ensinamentos de Cunha (2022), encontra-se como sistema básico principal a regular as normas penais, conforme explicita:

[...] os sistemas de punição evoluíram de forma a tornar , tanto quanto possível, mais humana a execução da lei penal, evitando que os agentes criminosos sejam submetidos a punições que extrapolem as efetivas finalidade da pena. Isso não significa, obviamente , que os ordenamentos jurídicos modernos estejam imunes à influência das disposições que os antecederam; ao contrário, invariável e acertadamente absorvem postulados estabelecidos há séculos, milênios até, ainda aptos a contribuir para que o Direito cumpra sua função essencial de manter a ordem na sociedade (CUNHA, 2022, p. 60).

Em suma, pode-se observar que o sistema penal passou por diversas mudanças no decorrer dos séculos, sendo cada avanço marcado por movimentos políticos, influências de ideias vindas de vários locais do mundo, fomentando intensos debates promovidos pelos diversos núcleos da sociedade.

Essas modificações puderam ser vistas pela legislação que, cada vez mais, foi se aproximando dos ideias liberais, onde as liberdades individuais, bem como a proteção integral dos direitos da pessoa humana, passaram a ter grande relevância no âmbito do processo penal brasileiro.

### **3 A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

O Supremo Tribunal Federal é órgão de elevada importância de dentro da organização

do Estado brasileiro. As disposições legais a seu respeito encontram-se no Art. 101 da Carta Maior, onde se pode vislumbrar que a sua função principal será a de fazer guarda e defesa à Constituição. Por esse motivo, os temas jurídicos de grande relevância e de sua competência são levados e julgados pelo referido Tribunal, o qual ocupa o posto de instância máxima na organização do judiciário brasileiro.

### **3.1 Análise das decisões dos Habeas Corpus 68.726, 84.078 e 126.292.**

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o princípio da presunção de inocência foi inserido no rol de direitos e de garantias individuais e, portanto, conforme o artigo 60, §4º, da Lei Maior, constitui cláusula pétrea, significando que não poderá ser abolido do ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era o de ser possível a execução provisória da pena. Portanto, o réu iniciava o cumprimento da pena enquanto aguardava o julgamento dos eventuais recursos que tivessem sido interpostos.

No dia 28 de Junho de 1991, foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal o Habeas Corpus de número 68.726, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira. Nesse caso em apreço, tinha-se um homem que havia sido condenado por homicídio culposo, em concurso formal, com lesão corporal de natureza culposa, conforme descritos pelos artigos 121, §§3º e 4º, e 129, §§6º e 7º, c/c o artigo 70, todos do Código Penal.

Seu advogado impetrou um *habeas corpus*, alegando que a ordem de prisão restava ilegal devido ao fato de não haver transitado em julgado o acordão do Tribunal de alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. O Tribunal, por maioria dos votos, ao analisar a sentença condenatória proferida pelo juízo de primeiro grau, manteve a sentença.

O advogado do caso teceu seu argumento com esteio no art. 669, do Código de Processo Penal, que preconiza que:

Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança; II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos (STF, 1991, on-line)

Alegou, ainda, que o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que traz a previsão de que: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, s/p), havia sido violado e, como consequência, requereu o deferimento em favor de seu cliente.

Em seu voto, o Ministro relator entendeu que, no caso em julgamento, a prisão que ocorre mediante a decisão de um órgão julgador de segundo grau tem natureza processual e que, após reconhecida a culpa do acusado, deve a prisão ser executada, nas palavras do Ministro:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da aplicação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu (SILVEIRA, 1991, on-line).

Portanto, o entendimento da Corte Suprema permaneceu o de que é permitido o início do cumprimento/execução da pena após acórdão/voto emanado por órgão julgador de 2ª instância, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário. Entretanto, em 05 de Fevereiro de 2009, o tema novamente chegou para apreciação do Pleno do Supremo Tribunal através do *Habeas Corpus* de número 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Graus.

Na ocasião, o Tribunal decidiu, por maioria dos votos, deferir o recurso em comento. No caso analisado, o acusado foi denunciado pela prática de homicídio qualificado tentado, crime tipificado no artigo 121, §2º, incisos I e IV, c/c o artigo 14, todos do Código Penal, sendo condenado a uma pena de 07 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, após julgamento da apelação da defesa.

A defesa interpôs recursos extraordinário e especial, tendo sido o recurso especial admitido pelo Tribunal. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial, alegando que o réu, que era um notório comerciante local, estaria se desfazendo de seus bens.

A prisão foi decretada e a defesa alegou que seriam sem fundamento as alegações do Ministério Público, uma vez que, na verdade, o paciente estaria apenas mudando o ramo de seus empreendimentos, o que ficou constatado com a apresentação posterior de documentos que corroboraram com a tese da defesa.

O primeiro ponto a ser esclarecido pelo voto do relator, Ministro Eros Grau, foi justamente a questão do afastamento da fundamentação, a fim de manter a prisão preventiva, tratando-se de uma execução antecipada da pena.

O Ministro discorreu acerca da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984), que preceitua que a execução da pena privativa de liberdade está condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, 1984). Em seu voto, o Ministro ressaltou que a prisão, antes do trânsito em julgado, pode ser decretada somente a título cautelar. Também esclareceu que a ampla defesa não se trata de uma questão restrita, estando, portanto, presente nas fases recursais de natureza extraordinária.

Após, argumentou que o ambiente social da época denotava um caráter e um desejo de vingança coletiva, o que fazia com que a população, clamando por justiça, exigisse uma maior severidade quanto à aplicação das leis penais, mesmo que isso significasse a redução e o alcance de direitos tão importantes da república brasileira.

Por fim, o Ministro relator defendeu, em seu voto, que o sentido trazido pela Constituição Federal de 1988 fosse mantido, garantindo, assim, a proteção, as garantias e as liberdades individuais. Nas palavras do Ministro:

“Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual (GRAU, 2004, on-line).”

A tese que prevaleceu foi a de que a prisão do paciente, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, estaria em desconformidade com o texto do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A favor da tese estavam os ministros Eros Grau, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Esse grupo de ministros trouxe, entre seus argumentos, que a prisão, antes do trânsito em julgado, só poderia ser admitida nos casos em que estivessem claros os pressupostos de uma prisão cautelar. Além disso, haveria restrição do direito de defesa com a execução da sentença após o julgamento de apelação. E, por último, entenderam que a antecipação da pena é incompatível com a Constituição Federal.

No dia 17/02/2016, ocorre o julgamento do *Habeas Corpus* de número 126.292/SP,

trazendo, novamente, o tema da presunção de inocência a ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal. Tal remédio constitucional fora impetrado em favor de um indivíduo que fora condenado pelo crime de roubo, majorado pelo emprego de arma de fogo, em concurso de pessoas, que se encontra previsto no artigo 157, §2º, inciso I e II do Código Penal. O réu foi condenado a uma pena de 05 anos e 04 meses de prisão, sendo a condenação mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de recurso de apelação.

Apenas 07 anos após o julgamento do Habeas Corpus 84.078, a Corte Suprema volta a enfrentar o tema da possibilidade da execução provisória da pena antes de do trânsito em julgado.

Momento em que, por 07 votos a 04, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento, passando a admitir a possibilidade da execução da pena depois de decisão condenatória em segunda instância, mesmo com a possibilidade de impetração dos recursos extraordinários e especiais.

Um dos argumentos utilizados pela tese vencedora foi o de que não ofende o princípio da presunção de inocência o início da execução da pena. Além disso, entende o tribunal que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo, isso significa que, mesmo com a interposição de algum recurso, os efeitos da decisão continuam sendo produzidos, possibilitando, portanto, a execução desde logo da pena (STF, 2016, on-line).

Outro argumento usado foi o de que a presunção de inocência do réu deve ser presumida até que seja prolatada a sentença penal em primeiro grau e confirmada em segundo grau, tendo sido esse o entendimento dos ministros que votaram pela mudança de posicionamento, o que, após esse momento, firma que os recursos levados até o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal não deverão discutir fatos, nem provas, mas somente matéria de direito (STF, 2016, on-line).

Os ministros da tese vencedora também defenderam que era o momento de haver o estabelecimento de limites ao princípio da presunção de inocência, o que não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, fosse possível produzir efeitos contra o acusado. Além disso, os ministros entendem que o núcleo essencial do pressuposto estaria preservado, desde que o acusado tenha todos os direitos, as garantias, as regras probatórias e o modelo acusatório respeitados (STF, 2016, on-line).

Por fim, os ministros defenderam que há a necessidade de equilíbrio entre o princípio

da presunção de inocência com o princípio da efetividade da função jurisdicional. Pois como entendem os ministros deve-se atender aos interesses de todos, inclusive os da sociedade, incluindo aqueles envolvidos direta e indiretamente, e não apenas os interesses dos acusados (STF, 2016, on-line).

### **3.2 Análise do Habeas Corpus nº 152.752**

Em 22/03/2018, o pleno do Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido de habeas corpus impetrado contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o paciente era o ex-presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva, que havia sido condenado, em primeiro grau, pela prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, sentença essa confirmada em segundo grau (STF, 2018, on-line).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região havia autorizado o início da execução da pena após a sentença em primeiro grau. A defesa argumentou que a execução da pena, sem o esgotamento dos recursos excepcionais, afetaria o princípio da presunção de inocência e que a interpretação da Corte constitucional seria pela possibilidade da execução provisória e não pela sua obrigatoriedade (STF, 2018, on-line).

O Habeas Corpus foi denegado por 06 votos a 05, tendo se posicionado pelo entendimento de que a execução provisória da pena é permitida os seguintes ministros: Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Alexandre de Moraes e Rosa Weber. Foram vencidos os votos dos ministros: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Em seu voto, o ministro relator do caso, Edson Fachin, iniciou sua análise a partir da questão de que o julgamento do *Habeas Corpus* se destinava a verificar se a liberdade de locomoção do paciente restava-se violada por ato reputado como ilegal e com abuso de poder.

A defesa alegou que o Superior Tribunal de Justiça, enquanto autoridade coatora, agiu com ilegalidade e com abuso de poder ao denegar o remédio constitucional impetrado na referida Corte, tese essa que foi afastada pelo ministro Edson Fachin em seu voto, pois, segundo ele:

[...] não é cabível reputar como ilegal ou abusivo o pronunciamento jurisdicional, mormente por órgão inferior, que se coaduna com o entendimento então prevalecente,

tampouco atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a ineficaz tarefa de alterar ou dissentir, em matéria constitucional, da compreensão explicitada por esta Suprema Corte (FACHIN, 2018, on-line).

Outro ponto levantado pela defesa é que teria ocorrido *reformatio in pejus*, que seria o agravamento da situação do réu quando interposto recurso exclusivo pela defesa, pois não houve manifestação do Ministério Público Federal. O ministro argumentou sobre essa questão que:

[...] não comungo da compreensão no sentido de que o acórdão penal condenatório que determina o início da execução provisória da pena concede providência sem requerimento do Ministério Público. Entender que o requerimento para cumprimento de pena, provisório ou definitivo, não está contido, desde o início, na pretensão acusatória é negar, em sua inteireza, o próprio direito constitucional de ação, porque limita temporalmente os efeitos da pretensão deduzida em juízo quando o ordenamento jurídico admite, expressamente, que os recursos excepcionais não são dotados de automática eficácia suspensiva (STF, 2018, on-line).

Empós o ministro denegou a ordem para conceder o Habeas Corpus ao paciente, defendendo teses contrárias e tendo votado por conceder o habeas corpus o Ministro Ricardo Lewandowski, que iniciou seu voto asseverando que:

As constituições modernas surgiram na esteira das revoluções liberais do século XVIII como expressão da vontade do povo soberano, veiculada por seus representantes nos parlamentos. Desde então, revestiram-se da forma escrita para conferir rigidez aos seus comandos eis que foram concebidas como instrumentos para conter o poder absoluto dos governantes, inclusive dos magistrados (LEWANDOWSKI, 2018, on-line).

Ocorre que, mesmo com as Constituições sendo escritas com o objetivo de conferir maior rigidez quando de sua aplicação aos casos concretos, mudanças sempre estiveram presentes nas sociedades. Foi então que surgiu a necessidade de se pensar em mudanças nos textos Constitucionais, conforme defendeu o Ministro Ricardo Lewandowski:

[...] passou-se a cogitar do fenômeno da mutação constitucional, que corresponde aos modos pelos quais as constituições podem sofrer alterações. Resumem-se basicamente a dois: (i) um formal, em que determinado preceito é modificado pelo legislador ou mediante interpretação judicial, e (ii) outro informal, no qual ele cai em desuso por não corresponder mais à realidade dos fatos (LEWANDOWSKI, 2018, on-line).

Ou seja, Lewandowski (STF, 2018) defendeu que a Constituição trouxe mecanismos para que os direitos fundamentais ficassem protegidos de eventuais mudanças, que é o que

dispõe o artigo 60, §4º, da Carta Magna, trazendo as denominadas cláusulas pétreas, núcleo imutável e com proteção ante a possíveis modificações do texto legal, sejam essas alterações feitas pelo legislador, seja pelo judiciário.

Também asseverou que a situação das penitenciárias brasileiras é caótica devido ao fato da superlotação e das condições sub-humanas, as quais os presos são submetidos, sendo, a maioria, composta por presos provisórios.

Reputou, ainda, não ser possível a interpretação em sentido diverso do texto constitucional sobre a presunção de inocência por parte dos magistrados, já que nem aos congressistas esse direito foi dado, por tratar-se de preceito insuscetível de interpretações diversas daquilo que o texto trouxe de forma expressa.

O ministro ressaltou, ainda, que não se pode, com o objetivo de atender aos anseios de combate a corrupção, suprimir a garantia da presunção de inocência, até porque fez o legislador a opção de proteger tal preceito, levando em consideração o grau de importância para a proteção dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Ao final, o ministro manteve sua posição já evidenciada em vários outros julgamentos, no sentido de que a presunção de inocência permanece até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

### **3.3 Análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de nº 43, 44 e 54.**

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) tem o objetivo de afastar a insegurança jurídica, bem como a incerteza sobre a validade, a aplicação de lei ou de ato normativo federal, tendo sido, através da Emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro (LENZA, 2021).

A finalidade dessa ação é a de declarar a constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal. Embora toda lei deva ser presumida como constitucional, essa presunção é relativa e, por isso, admite prova em contrário. A ação declaratória de constitucionalidade é responsável, então, por transformar essa presunção relativa de constitucionalidade em absoluta, onde, a partir desse momento, não mais seria admitida prova em contrário (LENZA, 2021).

Em observância ao controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 07/11/2019, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, tendo sido estas ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN, atual Patriota), juntando com o Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e com Partido Comunista do Brasil (PCdoB)(STF, 2019, on-line).

As ações tinham, como objetivo, buscar a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei Ordinária nº 12.403 de 2011. Tal dispositivo aduz:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 2011, on-line)

Importante ressaltar que o artigo 283 do Código de Processo Penal fora atualmente alterado por meio da Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), que foi publicada em 24 de dezembro de 2019, tendo entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020 (PACELLI, 2021).

O principal intuito do julgamento das ADC’s era o de que fosse dada interpretação ao Artigo 283º do Código de Processo Penal, conforme ao texto constitucional, o que, à época, divergia do entendimento da Corte Suprema, que tinha decidido pela possibilidade da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. A discussão tinha, como foco, o princípio da presunção de inocência e sua mitigação frente ao entendimento da Corte Suprema, já que, até aquele momento, admitia-se a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Ocorre que, ao julgar as ADC’s nº 43,44, 54, a Corte Suprema retornou ao entendimento de que o cumprimento da pena só poderia ter início com o esgotamento de todos os recursos, sendo, assim, proibida a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Julgaram pela procedência das ações os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, tendo, entre os argumentos, a defesa de que o artigo 283º do Código de Processo Penal encontrava-se em total compatibilidade com a Constituição de 1988.

Outro fundamento da argumentação defendido pelos ministros em comento teve esteio no que preleciona o inciso LVII, do artigo 5º, da Carta Maior, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988), não permitindo que se façam interpretações, ou que se gerem dúvidas acerca do que está claramente escrito. Em seu voto, proferido no julgamento do ADC nº 43 (STF, 2019), o ministro Marco Aurélio assim argumentou:

Atendem 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 (Marco Aurélio, 2019, on- line).

Ademais, os ministros também levantaram a questão referente ao clamor público, em que se criaram justificativas para embasar que as decisões emanadas pelos tribunais devem levar em consideração a opinião pública. Todavia, o judiciário deve pautar suas decisões apenas na Constituição e nas leis que estiverem em conformidade com os preceitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, convém observar o que esclarece a Ministra Rosa Weber em seu voto na ADC nº43:

A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade (WEBER, 2019, on- line).

Por fim, os ministros argumentaram que a defesa do princípio da presunção de inocência não dificultaria as atividades de investigação e de persecução do Estado brasileiro, não sendo possível permitir que as atividades de repressão e de combate ao crime e que os ritos processuais viessem a desrespeitar os direitos e as garantias dos investigados, dos acusados ou mesmo dos réus.

Ressalte-se que os problemas que acometem nosso sistema processual penal, como o lapso temporal entre o início do processo e o seu término, cominando na sentença transitada em julgado, não podem servir de embasamento para justificar a relativização ou a supressão dos direitos e das garantias insculpidos na Lei Maior. Votaram pela improcedência os ministros Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Roberto Barroso e Luiz Fux (STF, 2019, on- line).

Ocorre que, dentre as mudanças promovidas Pacote Anticrime em 2019 está o artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que prevê a possibilidade de execução provisória da pena nas condenações advindas do Tribunal do Júri,

em que a pena seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Sendo assim, existe a possibilidade de, mais uma vez, o tema ir para apreciação do Supremo Tribunal Federal, podendo, inclusive, haver nova mudança de entendimento, tendo em vista que a votação do julgamento das ADC's nº 43, 44 e 54, tivera um placar bastante apertado.

#### **4 O PACOTE ANTICRIME E AS ALTERAÇÕES QUANTO À PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964, com o objetivo de trazer alterações à legislação penal e processual penal. A lei entrou em vigor no dia 24 de janeiro de 2020 e trouxe muitos questionamentos acerca de alguns dispositivos trazidos no bojo da lei basilar penal. Entra essas alterações está a promovida no artigo 492º, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, que possibilitou a execução provisória da pena no caso de condenação emanada pelo Tribunal do Júri quando a pena for igual e superior a 15 anos.

Desse modo, para uma melhor compreensão acerca do instituto do Tribunal do Júri passamos a analisar o contexto histórico de surgimento do instituto, bem como o princípio que norteia sua atuação no processo penal.

##### **4.1 O Tribunal do Júri e o princípio da soberania dos veredictos**

As origens históricas do Tribunal do Júri remontam à época do *Common Law*, no século XII. Inicialmente, foi denominado tribunal popular e tratava apenas de questões cíveis, sendo posteriormente introduzidos os julgamentos de matéria criminal (RANGEL, 2018).

Segundo Rangel (2018), o Tribunal do Júri nasce para ser uma instituição eminentemente democrática, com objetivo de retirar o poder de decisão das mãos dos magistrados, que, na época, tinham envolvimento com os déspotas, que eram os reis que governavam as cidades.

Em que pese o Tribunal do júri não ter origem na Inglaterra, o mesmo sofreu influência

do sistema inglês, bem como do francês, na composição e na formação dos jurados. Rangel (2018) reafirma tal herança ao indicar que

O tribunal popular, portanto, não nasceu na Inglaterra, mas o júri propriamente dito, que hoje se conhece e tem no Brasil, recebeu do “*sistema inglês o grande júri, isto é, o primeiro conselho de jurados, ou júri de acusação, e do sistema francês, o ministério público e a instrução secreta e escrita*”.<sup>5</sup> Não se pode confundir tribunal popular com Tribunal do Júri. Quando o código de processo criminal do Império foi elaborado, o júri, na Inglaterra, estava disciplinado com dois conselhos de jurados: um, composto de maior número com o objetivo de decidir se procedia o exercício da pretensão acusatória; e outro, com menor número, que resolveria o mérito da acusação. O primeiro era o grande júri com até 24 jurados, e o segundo, o pequeno júri com 12 jurados. (RANGEL, 2018, p. 54 – 55).

Além disso, o júri aparece como forma de lutar contra os ordálios, que eram um tipo de prova que objetivava inocentar ou acusar alguém que estivesse submetido a julgamento, tendo sido muito utilizado nos primeiros séculos da Idade Média. Nesse processo de julgamento, geralmente se utilizava água ou fogo e acreditava-se que, caso a pessoa fosse inocente, Deus a salvaria, ficando o réu livre das acusações. Obviamente que esse fato nunca acontecia, ocasionando mortes de pessoas que sequer tiveram direito a um julgamento justo.

Foi quando o Rei Henrique I instituiu algumas medidas, a fim de modificar a forma de resolução dos conflitos. Nessa época, a acusação era feita por um funcionário, que seria equiparado, nos dias atuais, à figura do Ministério Público. Depois dessas mudanças, as acusações passaram ser feitas pelas pessoas da comunidade quando relacionadas a crimes graves, como o homicídio. (RANGEL, 2018).

A composição inicial dos jurados foi feita através de dois grupos: um grupo formado por pessoas que habitavam a comunidade em que o fato ocorrera, sendo essas incumbidas de analisar os fatos com base apenas naquilo que tinham conhecimento, sem ter possibilidade de analisar as provas; já o segundo grupo era formado por 12 (doze) homens, escolhidos dentre aqueles da comunidade (RANGEL, 2018).

Conforme Rangel (2018) explica, esse número de 12 (doze) fazia referência aos doze apóstolos que seguiam Jesus Cristo, tendo eles a possibilidade de fazer a análise das provas. Porém, esse grupo de jurados não estava obrigado a decidir com base nas provas apresentadas, formando, assim, o que se conhece hoje como sistema de provas baseado na íntima convicção.

Atualmente, no Brasil, o Tribunal do Júri se encontra previsto no texto da Lei Maior, no artigo 5º, inciso XXXVIII, ao preceituar 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 o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988). Sobre a formação do júri, enquanto órgão especial do Poder Judiciário

brasileiro, esclarece Renato Brasileiro de Lima que:

O Tribunal do Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (LIMA, 2020, p. 1441).

Além disso, o Tribunal do Júri é regido por princípios de ordem constitucional, dentre eles temos o princípio da soberania dos veredictos, o qual será agora analisado. O princípio da Soberania dos Veredictos informa que a decisão dos jurados representa a vontade popular e essa decisão é soberana, não sendo, portanto, possível a modificação da decisão de mérito proferida pelos jurados.

Ou seja, um tribunal constituído por juízes togados não poderá alterar a decisão proferida pelo Júri, não podendo modificar o mérito da decisão. Isso está em concordância com o que leciona Renato Brasileiro de Lima:

Na medida em que representa a vontade popular, a decisão coletiva dos jurados, chamada de veredicto, é soberana (CF, art. 5º, XXXVIII, “c”). Da soberania dos veredictos decorre a conclusão de que um tribunal formado por juízes togados não pode modificar, *no mérito*, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Por determinação constitucional, incumbe aos jurados decidir pela procedência ou não da imputação de crime doloso contra a vida, sendo inviável que juízes togados se substituam a eles na decisão da causa. Afinal, fosse possível a um Tribunal formado por juízes togados reexaminar *o mérito* da decisão proferida pelos jurados, estar-se-ia suprimindo do Júri a competência para o julgamento de tais delitos. (LIMA, 2020, p.1445).

Todavia, o fato de não poder haver alteração do mérito da decisão emanada pelo Conselho de sentença não torna a decisão irrecorrível, sendo possível que o Tribunal ordene a cassação da decisão e que o acusado seja, então, submetido a novo julgamento diante do Tribunal do Júri (LIMA, 2020).

O fundamento dessa possibilidade de o acusado ser submetido a novo julgamento encontra previsão no que aduz o artigo 593, inciso III, alínea “d”, § 3º, do Código de Processo Penal, ao preceituar que:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: § 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, 1941, p. 98)

Em síntese, importante observar a relevância do instituto do Tribunal do Júri para que as decisões emanadas possam ser dadas pelos pares aos acusados em processo, concretizando, assim, o esperado pelos legisladores que, ao formularem esse importante instituto, tinham, como objetivo, a proteção dos indivíduos contra possíveis autoritarismos do Poder Estatal.

#### **4.2 Execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri**

Uma das mudanças trazidas pela Lei nº 13.964 de 2019 foi a alteração no bojo do artigo 492º, do Código de Processo Penal, que preceitua que:

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 (BRASIL, 1941, on- line);

Como se pode observar, a alteração no artigo 492, do Código de Processo Penal de 1941, criou uma hipótese em que o réu, após a decisão prolatada pelo conselho de sentença do Tribunal do Júri, poderá ter a pena executada provisoriamente, desde que seja sentenciado à pena igual ou superior a 15 anos.

Conforme analisado, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, em novembro de 2019, formou entendimento pela impossibilidade de início de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Antes do julgamento das referidas Ações, a Corte Suprema já estava formando entendimento pela possibilidade da execução provisória da pena no âmbito das condenações advindas do tribunal do Júri. Conforme entendimento proferido pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 118.770/SP, que ocorreu em 04/06/2018, na ocasião o relator ministro Teori Zavascki entendeu que:

Não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Decisão alinhada com a orientação firmada no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki. (STF, 2018, on-line)

Os argumentos utilizados foram os de que, em sede de recurso, o Tribunal não poderá reapreciar fatos e provas, uma vez que isso acarretaria em prejuízo ao princípio da soberania dos veredictos. Em posição contrária, tem-se o que afirma Pacelli (2021):

[...] independentemente da soberania dos veredictos do júri (princípio constitucional), defendemos que há de se compatibilizar esse vetor com os demais constitucionalmente previstos, notadamente o duplo grau de jurisdição. Não se pode perder de vista que o tribunal popular é composto de pessoas leigas e, nessa linha, existe a possibilidade (quicá mais real) de erros na apreciação dos fatos e provas. Para reduzir essa possibilidade (do erro) é que garante, também constitucionalmente, o duplo grau de jurisdição (como regra, salvo naquelas situações incompatíveis, como da prerrogativa de foro perante o Plenário do STF, por exemplo). A soberania da decisão do tribunal popular precisa ceder, nesse momento, sob a ótica da possibilidade de execução da pena, à garantia mínima do uso de um recurso (facultativo que sempre é) em grau ordinário de apelação (raciocínio que não se aplica quando se tratar de competência originária de tribunais formados por juízes togados). PACELLI, 2021, p. 1295)

De todo modo, não há que se falar na impossibilidade de prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri, de forma absoluta, já que existe a possibilidade de estarem presentes os requisitos da prisão preventiva, como a materialidade e indício de autoria, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e para que seja assegurada a aplicação da lei penal. Dessa forma, observa-se que o princípio da soberania dos veredictos não pode se sobrepor aos demais, devendo equilibrar-se aos demais princípios (PACELLI, 2021).

Primeiro porque o texto constitucional deixa explícito que a liberdade de locomoção é preceito de elevada importância dentro da sistemática constitucional. Segundo porque aceitar a sobreposição do princípio da soberania dos veredictos fere o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, em relação a uma situação concreta, restaria prejudicado o acusado em processo penal.

Conclui-se, portanto, que o texto do artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal está em desconformidade com o texto constitucional e com o atual entendimento do Supremo Tribunal, sendo, portanto, inconstitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de uma análise conceitual e histórica acerca do princípio da presunção de inocência, podemos observar como os processos de transformação da sociedade formaram as bases para a defesa das garantias individuais. Antes da positivação dessas garantias o sentimento era de insegurança, e o Estado podia cometer abusos sem que sequer isso fosse questionado.

Ocorre que no decorrer dos processos políticos e históricos que moldaram as sociedades modernas, houve uma intensa defesa pela interrupção das práticas autoritárias perpetradas pelo Estado, e então passou-se a buscar garantir a ampla proteção dos indivíduos frente aos abusos cometidos.

Foi então que a legislação, através das suas Cartas Políticas, os doutrinadores, bem como a jurisprudência dos tribunais passaram a dar a devida importância aos princípios que passaram a ter força normativa.

O princípio da presunção de inocência e a interpretação que fazemos dele, atualmente, tem, como consequências, vários processos sua evolução doutrinária e jurisprudencial ainda continua em debate. Por esse motivo, faz-se necessário que as discussões sobre o tema continuem avançando no campo acadêmico, bem como pela sociedade civil, objetivando buscar um melhor entendimento sobre o seu alcance e proteção.

Nesse sentido, fez-se necessário um estudo a partir da jurisprudência dos tribunais, objetivando entender qual o entendimento acerca da prisão em segunda instância. Nesse passo foi observado que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, é de que não é possível a execução provisória da pena nas condenações advindas de sentenças condenatórias no âmbito do Tribunal do Júri.

A Constituição Federal de 1988, que trouxe, em seu bojo, o princípio da presunção de inocência, deixa explícito o caráter garantista e de proteção aos direitos individuais. Os processos históricos, como por exemplo o período de ditadura militar, possibilitaram uma maior compreensão da importância de salvaguardar os direitos conquistados pelos cidadãos.

O princípio da presunção de inocência traduz-se na ideia de que o indivíduo tem o direito de ter seu estado de inocência preservado, por meio de um processo em que sejam respeitadas todas as garantias processuais que o Estado brasileiro, por meio de sua legislação, deve garantir.

Através da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a temática

explorada no presente trabalho, podemos entender que, há bastante tempo, a Corte Suprema se depara com a questão. Porém, o assunto ainda divide a Corte, tendo argumentos a favor da prisão em segunda instância e contra. Os que argumentam a favor estão convictos de que tal fato acabaria por amezinhar a situação de aparente impunidade, além de resolver problemas de ordem processual, como os demasiados recursos que podem ser interpostos, ocasionando, muitas vezes, a prescrição do crime por demora em dar continuidade ao processo.

Observa-se que o tema ainda é bastante controverso na Corte Suprema, pois, por diversas vezes, o tema da presunção de inocência voltou a ser analisado pelo referido tribunal, sendo um tema que, provavelmente, ainda voltará a ser discutido devido a algumas mudanças trazidas pela Lei nº 13.964, conhecida como “Pacote Anticrime”.

Ademais as questões relativas às demoras que ocorrem nos processos devem ser resolvidas através de legislação adequada, bem como discussões internas dos tribunais, objetivando dar maior celeridade à prestação jurisdicional.

Quanto às alterações advindas da Lei 13.964 de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, em especial no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, percebe-se que o referido dispositivo encontra-se em desacordo, primeiro com o texto constitucional, e, segundo, com o entendimento da Corte Suprema, sendo, portanto, inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas** / tradução J. Cretella Jr. E Agnes Cretella – 2. Ed. ver., 2 tir. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 de Março de 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto- lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. Presidência da República, [1942]. 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: 22 abr. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 68.726, Tribunal Pleno. Acordão. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Paciente: Marco Antônio da Fonseca loureiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 28 de junho de 1991. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>. Acesso em: 08 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 84.078. Tribunal Pleno. Acordão. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 de fev. de 2009. DJe nº 35, Brasília, 26 de fev. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531> Acesso em: 08 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 126.292. Tribunal Pleno. Acordão. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 de fev. de 2016. DJe nº 100, Brasília, 17 de maio. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 24 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 152.752/ PR. Tribunal Pleno. Acordão. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 04 de abr. de 2018. DJe nº 127, Brasília, 27 de jun. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> Acesso em: 24 maio 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). ADC 43, 44 e 54 / DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 07 de nov. de 2019. DJe nº 270, Brasília, 12 de nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342> Acesso em: 24 maio 2022.

BRIGAGÃO, Gustavo. Tiradentes. *In*: José Roberto de Castro (organizador). **Os grandes julgamentos da História**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 362 – 385. 2018.

**Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 26 maio 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120º)**. 11ª ed. rev., ampl e atual – São Paulo: JusPODIVM, 2022.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-1-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>: Acesso em 18 mar. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 8. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MONDAINI, Marco. Direitos Humanos: breve história de uma grande utopia. – São Paulo: Edições 70, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 18. Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência** / Eugênio Pacelli, Douglas Fischer. – 13. Ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

RANGEL, Paulo, **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica** – 6. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: atlas, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral** / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. 14. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.