



TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE

À Coordenadoria de TCC do Curso de Direito;

Acadêmico: Herica Rosana de Souza

RU: 1781373

Título do trabalho: A inconstitucionalidade do artigo 492, I, alínea "E", do Código de Processo Penal sob a luz da presunção de inocência.

Autorizo a submissão do artigo/monografia supranominada à Comissão/Banca Avaliadora, responsabilizando-me civil e criminalmente pela autoria e pela originalidade do trabalho apresentado.

Curitiba, 01 de DEZEMBRO de 2021.

Herica R. de Souza
Assinatura do Acadêmico



PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, I, ALÍNEA “E”, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL SOB A LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

CURITIBA

2021

HERICA ROSANA DE SOUZA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 492, I, ALÍNEA “E”, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL SOB A LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito
promovido pelo Centro Universitário
Internacional - UNINTER

Orientanda(o): Herica Rosana de Souza
Orientador(a): Me. Igor Fernando Ruthes

CURITIBA

2021

Resumo: O presente artigo estudará a execução antecipada da pena à luz do instituto da presunção de inocência presente no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, com foco no artigo 492, inciso I, alínea “E” do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a execução antecipada da pena após a condenação do Tribunal do Júri em crimes com pena igual ou superior a 15 anos. A presunção de inocência sofreu e continua sofrendo inúmeras alterações ao passar dos anos e está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial. Todavia, no ordenamento jurídico atual esse instituto tão caro à nossa sociedade tem sido suprimido. A supressão mais recente se deu com a sanção do Pacote Anti-crime de 2019 que permitiu a execução da pena após veredicto do Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Execução da pena. Pacote Anti-crime. Direitos fundamentais.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3 NATUREZA JURÍDICA. 4. PRINCÍPIO OU REGRA. 5. ENTENDIMENTOS DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A partir de 1988 com a promulgação da Constituição Cidadã, o Brasil tomou rumos democráticos baseados em valores consagrados pela luta por Direitos Humanos, abrindo espaço para a judicialização da política e trazendo novos significados aos direitos humanos e fundamentais, com base no campo interpretativo do Poder Judiciário e nos princípios positivados na norma constitucional¹. É através deste novo papel do judiciário que nascem novas demandas políticas e sociais, pressionando os tribunais a atender os interesses populares.

Muito se tem discutido quanto à relativização de direitos fundamentais expressos no artigo 5º da Constituição Federal e os limites semânticos do texto constitucional, em uma crescente preocupação com o avanço do subjetivismo e da arbitrariedade das

decisões judiciais que têm tido sua capacidade de interpretação estendida com a abertura principiológica do texto constitucional.

O presente trabalho de conclusão de curso busca compreender os anseios populistas e punitivistas da Lei nº 13.964 promulgada em 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anti-crime² que fixou que a execução da pena após a sentença condenatória proferida pelo plenário do Tribunal do Júri, com pena de até ou superior a 15 anos, seria de forma imediata.

O presente artigo discorrerá sobre a inconstitucionalidade da alteração legislativa, no artigo 492 do Código de Processo Penal, feita pelo vulgo Pacote Anti-crime, à luz princípio constitucional da presunção de inocência fixado na constituição cidadã de 1988, traçando um breve contexto histórico, sua natureza jurídica, e as decisões do Supremo Tribunal Federal referente ao tema.

¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, abr./jun. 2014, p. 177-178.

² BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 20

2 - BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Direito, a História transmite importância aos juristas que estão preocupados em entender o ordenamento jurídico como instituição dinâmica através de suas transformações ao longo dos anos e como seus elementos se perpetuam através da posterioridade.

A presunção de inocência surge como uma resposta da população frente às arbitrariedades dos reis absolutistas dos séculos XVI ao XVIII, num sistema punitivo inquisitório, em que as denúncias se davam de forma secreta, a prisão preventiva era regra, não havia a figura do trânsito em julgado, um processo poderia ser aberto e reaberto em qualquer momento e toda a tarefa de acusar e de julgar o caso estava centrada no magistrado.³

Na processualística do Estado Moderno, portanto, a presunção de inocência na verdade era invertida, e existia uma “presunção de culpabilidade”.⁴ Esse cenário começa a mudar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um marco na introdução de direitos inerentes à natureza do homem frente ao poder punitivo e opressivo do Estado.

Com a Revolução Francesa e o advento das ideias iluministas e burguesas no início do século XVIII teóricos influenciados pelo movimento Iluminista começaram se preocupar com o modelo processual penal da época e a trazer os primórdios da presunção de inocência.⁵

“Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que

³ FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 22 Out 2020. p, 2.

⁴ FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2002. p.37

⁵ FIGUEIREDO, Igor Nery. *A Prisão Durante o Processo Penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2012. p. 49.

seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”⁶.

No Brasil o instituto da presunção de inocência custou a aparecer no ordenamento jurídico pátrio, sendo formalizado de fato apenas em 1988. A história do Brasil é marcada por golpes, revoltas e crises. O mesmo se dá na seara do Direito.

Sem intenções de esgotar o tema, o Código de Processo Penal de 1941 teve influência do fascismo italiano e, portanto, fortes bases na presunção da culpabilidade do acusado. Destarte, o Código de Processo Penal precisou sofrer inúmeras alterações até os dias de hoje, mas mantém em seu bojo valores inquisitivos, dada sua criação, inclusive previa a prisão automática do acusado que era pronunciado em crimes de competência do Tribunal do Júri (Art. 408 do Código de Processo Penal de 1941, alterado pela lei nº 5.941 de 1973) e para poder apelar da sentença condenatória o réu deveria, necessariamente recolher-se à prisão (Art. 594 do Código de Processo Penal de 1941, alterado pela lei nº 5.941 de 1973).⁷

Por mais opressiva que tenha sido a Ditadura Militar no Brasil, foi nesse período que o Código de Processo Penal de 1941 sofreu alterações mais significativas, como a não obrigatoriedade da prisão preventiva, estabelecendo requisitos para que ela pudesse acontecer, bem como os entendimentos jurisprudenciais da época trataram de uniformizar o tema de forma a pacificar o entendimento de que é necessário uma fundamentação mais robusta para a aplicação da prisão preventiva.⁸

Por fim, a presunção de inocência finalmente foi concebida na Constituição Cidadã de 1988 que marcou o fim do regime militar e efetivou em sua Carta valores fundamentais caríssimos à sociedade brasileira, adotando um sistema totalmente democrático e igualitário, norteando as relações processualísticas no ordenamento jurídico pátrio. Ainda, em 1992 o Brasil recepcionou o Pacto São José da Costa Rica,

⁶ BECARRIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, p. 37

⁷ JUVENAL LIMA, Ricardo. *A evolução histórica do princípio da presunção de inocência do processo penal*. 2016. Trabalho de conclusão de curso — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p, 64-70

⁸ *Ibid.* p, 80-84.

através do Decreto Legislativo nº 27, de maio de 1992, que em seu artigo 8º prevê a presunção de inocência.⁹

3. NATUREZA JURÍDICA

A presunção de inocência está normatizada na Constituição da República de 1988 em seu título II dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art 5º, inciso LVII que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.¹⁰ O rol dos direitos fundamentais está protegido como cláusula pétrea no artigo 60 da Constituição e não pode ser alterado ou suprimido por leis infraconstitucionais ou por emendas constitucionais.¹¹

Diante de inúmeras arbitrariedades ao longo da história, a comunidade internacional também estabeleceu tratados a fim de efetivar e garantir os direitos inerentes à condição do ser humano. O Brasil adotou esses tratados e os inseriu em seu ordenamento jurídico, de modo que é imperativo o respeito aos pactos assumidos frente à comunidade internacional. Tem destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional que a integralizou no ordenamento jurídico¹², que em seu artigo 8º prevê que “2. *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”¹³. Extrai-se da norma que apenas poderá ser considerado culpado aquele que tiver esgotado todos os meios de reversão da

⁹ JUVENAL LIMA, Ricardo. A evolução histórica do princípio da presunção de inocência do processo penal. 2016. Trabalho de conclusão de curso — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p, 86-87.

¹⁰ PEREIRA, Geraldo Lopes. Prisão preventiva e o estado de inocência. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010.

¹¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 155.

¹² PINTO, Felipe Martins. Presunção de Inocência: Estudos em Homenagem ao Professor Eros Grau. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. p, 17.

¹³ Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

sentença condenatória, ou seja, a presunção de inocência está interligada com os demais direitos fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade e o segundo grau de jurisdição. A dignidade da pessoa humana é assim conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet:

“qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (Sarlet, 2001. p, 60)¹⁴

Destarte, a presunção de inocência se faz como um princípio fundamental que norteia todo o ordenamento jurídico e todos os atos processuais penais, a fim de proteger os direitos e garantias dos acusados no processo investigatório e nas demais fases processuais, prevendo direitos e tratamento adequado aos acusados, que corroboram com o sistema democrático e punitivo, não inquisitivo.¹⁵

Dentre as garantias do acusado, uma das mais importantes para garantir a presunção de inocência é a não obrigatoriedade da prisão preventiva, ou seja, a regra é a liberdade do indivíduo até que se dê o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não podendo haver prisão automática ou obrigatória, salvo nos casos em que a lei permita a prisão preventiva, temporária ou em flagrante.

Como exceção ao disposto na norma constitucional, a prisão em flagrante está prevista no artigo 301 do Código de Processo Penal e pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo ou pelo agente policial que presencie o ato criminal e capture o criminoso, devendo ser lavrada os autos de prisão em flagrante conforme os termos do artigo 304 do Código de Processo Penal. A prisão temporária, por sua vez, poderá

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 p.60

¹⁵ _____SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e propriedade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47, março-abril 2004. p. 92-93.

acontecer apenas quando a lei nº 7.960/89 permitir e tem natureza cautelar, podendo ser efetuada apenas mediante representação do delegado ou por requisição do *parquet*, uma vez constatados o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Ainda, a prisão preventiva também exige o *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, mas essa modalidade de prisão poderá acontecer apenas se houver ordem prévia e fundamentada do juiz. Conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal a prisão preventiva “poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, bem como se houver o descumprimento de medidas cautelares, nos crimes dolosos com pena superior a 4 anos, se o crime for de violência contra mulher, criança, idoso, adolescente ou portadores de deficiência física, e em casos em que houver dúvida sobre a identidade do acusado, devendo ser liberto assim que a dúvida seja esclarecida.¹⁶

Percebe-se que a presunção de inocência prevalece no ordenamento jurídico, uma vez que está prevista na Constituição Federal e em Pactos Internacionais, portanto, garante a efetiva ordem democrática. Logo, conforme a lei estabelece, se houver fundamentação adequada, conforme a necessidade e ponderação do caso concreto, a presunção de inocência pode ser relativizada nos casos supracitados, tendo em vista que nenhum direito fundamental constitucional é absoluto.

4. PRINCÍPIO OU REGRA

Considerando que a presunção de inocência está disposta no rol de Direitos Fundamentais da Constituição Cidadã muito se tem discutido sobre a sua estrutura, uma vez que os direitos fundamentais são considerados princípios ou regras do ordenamento

¹⁶ SOUSA FERREIRA, Marcelo Henrique. Os tipos de prisão e a garantia dos direitos humanos fundamentais no Brasil. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso – UniEvangélica, Anápolis, 2018. p, 26-29.

jurídico. Em 1985 Robert Alexy enriquece essa discussão em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, no qual escreve:

“A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”¹⁷

Para Alexy, a distinção entre princípio e regra se dá em suas estruturas, tendo em vista que ambos os conceitos são espécies de norma. Desta maneira, ambos estão atrelados ao dever-ser jurídico, impondo proibições e/ou obrigações. A principal diferença entre essas espécies de norma estaria nas suas formas de aplicação, quais sejam, a subsunção e a ponderação¹⁸. A primeira diz respeito às regras, uma vez que estas estão definidas no “tudo ou nada”, ou seja, mandamentos definitivos que, ao passo que entram em conflito, podem ser resolvidos através da incorporação de uma cláusula no dispositivo legal, enquanto, a segunda se refere aos princípios, que, de acordo com Robert Alexy:

“são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (...) são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas” .¹⁹

A teoria de Robert Alexy entende que os direitos fundamentais são mandamentos de otimização devendo seguir a proporcionalidade em sentido estrito, a adequação e a necessidade, de modo que não haja um excesso de subjetivismo

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 85.

¹⁸ ACRAMENTO, Bruno. A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy. Rev. Direito GV, São Paulo, v. 15, n. 2, e1917, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/V57NTqHcNG9JtLGqgzBkGWt/?lang=pt>.

¹⁹ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 85.

nas decisões judiciais, beirando a arbitrariedade e até mesmo a imparcialidade, acarretando em uma insegurança jurídica e submissão ao jogo político. Uma vez que se entende que os direitos fundamentais são princípios e podem ser restringidos quando há uma “exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”²⁰. A restrição a direitos fundamentais, tais como a liberdade e a presunção de inocência, terão caráter de norma. No ordenamento jurídico brasileiro a liberdade jurídica e a presunção de inocência é restringida após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou nos casos de prisões cautelares previstas no Código de Processo Penal, de forma a restringir a liberdade geral pelo bem protegido, enquanto o afastamento total da presunção de inocência culmina na violação deste princípio constitucional otimizado na Constituição Federal de 1988 que deriva dos direitos da dignidade humana e da liberdade dos cidadãos frente às arbitrariedades do Estado. O jurista Uadi Bulos entende que a presunção de inocência garante que:

“Somente quando a situação originária do processo for, definitivamente, resolvida é que se poderá inscrever, ou não, o indivíduo no rol dos culpados, porque existe a presunção relativa, ou iuris tantum, da não culpabilidade daqueles que figuram como réus nos processos penais condenatórios”.²¹

5. ENTENDIMENTOS DO STF ACERCA DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS O JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA.

Após a promulgação da Constituição de 1988 muito tem se discutido quanto à aplicação efetiva do princípio da presunção de inocência, mas sem nunca afastá-lo completamente. Em 2009 o STF julgou o HC 84.078 ²² e entendeu ser inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de ação penal condenatória, exceto sob medidas cautelares. Assim o Ministro Eros Grau apresentou seu voto:

²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 277.

²¹ BULOS, U. L. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p, 714

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 84.078, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJ 35, EMENT 2391-5, 26.02.2010.

“Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponha ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5o. Apenas um desafeto da Constituição -- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que alguém fique sujeito à execução antecipada da pena de que se trate.”²³

Na época deste julgamento, compunham a Corte os ministros: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito, conforme o sítio eletrônico do STF. Os ministros, por maioria, concluíram, portanto, que a execução da pena estava vedada antes do trânsito em julgado de ação penal condenatória, de forma que o contrário afrontaria o texto constitucional do artigo 5º, inciso LVII e o próprio princípio da isonomia ao tratar situações variadas de modo diferenciado. Este entendimento perdurou até meados de 2016, quando o STF divergiu de entendimento

Em fevereiro de 2016, no HC 126.292²⁴, o STF estava composto por uma nova turma, quais sejam, os ministros: Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello. Neste julgamento, por maioria dos votos o STF decidiu por relativizar o princípio da presunção de inocência, de modo que não seria inconstitucional a execução da pena

²³ Ibid. p,4.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJE 100, 16.05.2016.

antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ainda que não estivesse presente os requisitos das medidas cautelares. Neste momento, com a mudança da Corte e um cenário político instável, o Supremo divergiu da jurisprudência que perdurava desde 2009 com os julgamentos dos habeas corpus supracitados. Inúmeros apontamentos foram levantados nesse julgamento, de forma que os Ministros divergiram amplamente entre si. Para não esgotar o tema, levando em conta as extensivas considerações dos Ministros, este artigo abordará os votos vencedores de dois Ministro, que na época decidiram que a execução da pena não feriria o texto constitucional.

O Ministro Roberto Barroso votou no sentido de que a execução da pena após o julgamento em segunda instância e antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória não ofenderia a norma constitucional. De acordo com este, a conclusão na qual chegara se amparava em três fundamentos jurídicos, são eles:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão — mas sim a culpabilidade — ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A

mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.”²⁵

O Ministro Roberto Barroso considerou fundamentos pragmáticos que reforçavam sua tese de que a execução da pena após julgamento em segunda instância inibiria os crimes de colarinho-branco que, de acordo com seus argumentos, são incentivados pelo baixo risco de cumprimento de pena num sistema que privilegia a presunção de inocência, o que culminaria forma num sistema judicial penal mais igualitário e justo; diminuiria a impunidade penal decorrente da espera pelo julgamento dos recursos especiais e extraordinários, que destaca que têm uma baixa possibilidade de reversão das decisões, uma vez que tratam de matéria de fato e não de direito; transformaria o sistema judicial mais eficaz e equilibrado, uma vez que afastaria os recursos meramente protelatórios que promove a morosidade judicial.

Já Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, começa destacando sua presença no julgamento do HC 84.078 de 2009:

“(…) eu formei, como já foi até assinalado, a maioria que, no julgamento do caso Habeas Corpus 84.078, estabeleceu a orientação hoje vigente quanto à necessidade de que houvesse sempre o trânsito em julgado para que se executasse a sentença. À época, lembro-me de que o relator do processo era o ministro Eros Grau, mas se destacou, com muita ênfase, o voto proferido pelo ministro Cezar Peluso, que ressaltava a importância ou a possibilidade de que houvesse a prisão provisória a partir dessa decisão de primeiro ou de segundo grau desde que presentes os requisitos de prisão preventiva. São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau.”²⁶

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJE 100, 16.05.2016. p, 27-28.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJE 100, 16.05.2016. p, 63-64.

O Ministro Gilmar Mendes destaca ainda a singularidade do sistema judicial penal brasileiro, que considera o trânsito em julgado após esgotadas todas as possibilidades de reversão da pena, diferente de outros modelos, uma vez que até mesmo em sede de recursos especiais e extraordinários é possível a suspensão ou a modificação da condenação, ainda que ínfima. No entanto, destaca que a prisão após anos de julgamentos de recursos pendentes não se concretiza por conta do lapso do tempo. O Ministro finaliza ressaltando seu posicionamento e denegando a ordem, para conceder a execução da pena após julgamento em segunda instância:

“Então, a mim me parece que eu teria que me estender um pouco mais, Presidente, só porque me somei à maioria vencedora naquele caso. E quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão.”²⁷

A mudança na jurisprudência do STF causou inúmeros debates na comunidade jurídica brasileira, tendo como principal expoente das críticas à decisão do HC 126.292 os doutrinadores Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior que se manifestaram contra a execução da pena após a condenação da segunda instância, à luz do princípio da presunção de inocência²⁸.

No mais recente julgamento do STF sobre o tema, em novembro de 2019, nas Ações de Declaração de Constitucionalidade 43, 44, 54²⁹ os Ministros voltaram atrás e declararam a o caráter excepcional do execução da pena antes do trânsito em julgado

²⁷ Ibid. p, 75

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. JÚNIOR, Aury Lopes. Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São Paulo. 2016. 41 páginas.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribuna Federal. ADC 43, 44 e 54. Relator: Marco Aurélio. DJE 245, 07/11/2019.

de sentença penal condenatória, à luz do princípio da presunção de inocência e do artigo 283 do Código de Processo Penal. As ações supracitada foram ajuizadas a fim de que fosse declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que dispõe:

“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.”³⁰

Nas Ações de Declaração de Constitucionalidade 43, 44 e 54 o STF decidiu, por maioria, resguardar o princípio da presunção de inocência de modo que se torna inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O Ministro Ricardo Lewandowski ressalta:

“A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em uma emulação daquela disciplina industrial stakanovista, taylorista ou fordista de há muito superada. Salta aos olhos que em tal sistema, o qual, de resto, convive com a intolerável existência de aproximadamente 800 mil presos, encarcerados em condições sub-humanas, dos quais mais 40% são provisórios, situação que caracteriza, segundo esta Suprema Corte, um “estado de coisas inconstitucional”, multiplica-se exponencialmente a possibilidade do cometimento de erros judiciais por parte de magistrados de primeira e segunda instâncias. Daí a relevância da presunção de inocência, concebida pelos constituintes originários no art. 5º, LVII, da Constituição, com a seguinte - e cristalina -

³⁰BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941.

dicção: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória”, o que, a toda a evidência, subentende decisão final dos tribunais superiores.”³¹

Ainda, o Ministro Lewandowski ressalta seu compromisso com a democracia e o quanto considera incompreensível que os magistrados estejam decidindo arbitrariamente, e até mesmo demagogicamente, numa tentativa de combater a corrupção que assola as terras tupiniquins, além de reiterar a que a presunção de inocência se encontra nos rolos dos direitos e garantias fundamentais, previstas como cláusulas pétreas no artigo 60 da Constituição Cidadã de 1988.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O princípio da presunção de inocência, diante das rupturas da história do Brasil, sofreu e sofre inúmeras alterações, tanto no meio legal quando na questão interpretativa da própria norma. Como supramencionado no artigo, houve momentos na história do Brasil em que recolher-se à prisão era requisito obrigatório para que se pudesse recorrer de sentença penal condenatória³². No entanto, a Constituição da República de 1988 consagrou o instituto da presunção de inocência, assim como o artigo 283 do Código de Processo Penal. Conforme os escritos do jurista Robert Alexy³³, os direitos fundamentais são uma espécie de conjunto de normas, princípios, que seguem mandamentos de otimização e podem ser aplicados de acordo com a necessidade e a adequação, de maneira que não implique em uma discricionariedade desenfreada do judiciário em interpretar os mandamentos constitucionais de acordo com motivações pessoais e políticas.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54. Relator: Marco Aurélio. DJE 245, 07/11/2019.

³² JUVENAL LIMA, Ricardo. A evolução histórica do princípio da presunção de inocência do processo penal. 2016. Trabalho de conclusão de curso — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p, 64-70

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 277.

A presunção de inocência é basilar em um Estado Democrático de Direito, diante das inúmeras arbitrariedades cometidas nos séculos e até mesmo décadas anteriores, assim como os suplícios em forma de pena³⁴. Portanto, está diretamente ligada ao conceito da dignidade humana e amparada não só pela Constituição Federal, mas também por tratados internacionais recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro.

Não cabe ao STF decidir e suprimir mandamento Constitucional pético, criando um “novo conceito de trânsito em julgado³⁵” e delimitando outro momento da execução da pena, com exceção dos casos que se enquadrem nos requisitos das prisões cautelares. Não cabe aos condenados pagarem o preço da morosidade da justiça e do alto número de demandas, muito menos no que diz respeito à desigualdade social entre os réus que tenham mais recursos financeiros para, com o auxílio de advogados, recorrerem de decisões condenatórias.

Em decisão mais recente o Supremo Tribunal Federal cravou, nos julgamentos das ADCs 43, 44 e 53³⁶, a inconstitucionalidade da execução da pena após o julgamento de decisão colegiada em segunda instância, de forma que a presunção de inocência prevalece, conforme o texto da legal, uma vez que a Constituição Brasileira é clara ao determinar o trânsito em julgado como momento adequado para o início da pena.

As referidas ações declaratórias de constitucionalidade tiverem o como objetivo firmar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal. No caminho oposto vai o Pacote Anti-crime em incluir no artigo 492, I, a alínea “E”, no Código de Processo Penal ao prever 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

³⁴ BULOS, U. L. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p, 714

³⁵ TRECK, Lênio. Parecer: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Requerimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade Dispositivo objeto de discussão: Artigo 492, I, “e”, e §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal; e Artigo 3º da Lei nº 13.964/2019. Porto Alegre. 2020. p, 17.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43, 44 e 54. Relator: Marco Aurélio. DJE 245, 07/11/2019.

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;³⁷

Sob a ótica constitucional, à luz do princípio da presunção disposto no artigo 5, inciso LVII, e infraconstitucional, à luz do artigo 283 do Código de Processo, que teve sua constitucionalidade firmada no julgamentos das ADCs 43, 44 e 54, a alínea “e” incluída no artigo 492 do Código de Processo Penal, com o Pacote Anti-crime, é totalmente inconstitucional e afronta as decisões do Supremo Tribunal Federal ³⁸. O Supremo Tribunal foi claro em afirmar que “ninguém será preso sem sentença penal condenatória transitada em julgado”, e nem mesmo nos textos legais, muito menos no julgamentos das recentes ADCs houve distinção entre o juiz togado e o plenário do Tribunal do Júri. Como bem ressalta o jurista Lênio Streck, o Tribunal do Júri é primeira instância, e tem suas decisões julgadas pela íntima convicção dos jurados, portanto, “uma decisão tomada por livre convicção não pode ser mais grave que uma decisão tomada por juiz togado, ou tribunal, em que se exige ampla fundamentação”. ³⁹

A soberania do Tribunal do Júri é uma garantia dos réus e acusados, e não pode ser usada contra eles, muito menos altera o conceito de trânsito em julgado previsto na Constituição Brasileira, uma vez que, há possibilidade de reversão das decisões condenatórias do Tribunal do Júri⁴⁰. O que se tem, com a inclusão da alínea “E” pelo

³⁷ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019.

³⁸ TRECK, Lênio. Parecer: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Requerimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade Dispositivo objeto de discussão: Artigo 492, I, “e”, e §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal; e Artigo 3º da Lei nº 13.964/2019. Porto Alegre. 2020. p, 3.

³⁹ TRECK, Lênio. Parecer: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Requerimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade Dispositivo objeto de discussão: Artigo 492, I, “e”, e §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal; e Artigo 3º da Lei nº 13.964/2019. Porto Alegre. 2020. p, 3-4.

⁴⁰ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;

Pacote Anticrime no Código de Processo Penal, é uma norma totalmente inconstitucional que deve ser revisada e excluída do ordenamento jurídico brasileiro, por representar uma tentativa frustrada e equivocada de atender ao sensacionalismo e ao populismo do direito processual penal.⁴¹

7. REFERÊNCIAS

ACRAMENTO, Bruno. **A ponderação de regras e alguns problemas da teoria dos princípios de Robert Alexy.** Rev. direito GV, São Paulo , v. 15, n. 2, e1917, 2019 . Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VST7NTqHcNG9JtLGqgzBkGWt/?lang=pt>.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista de Direito do Estado – 4.2006. p 23-51.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BADARÓ, Gustavo Henrique. JÚNIOR, Aury Lopes. **Parecer: Presunção de inocência: Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.** São Paulo. 2016. 41 páginas.

b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;

c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;

d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos

§ 1o Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida retificação.

§ 2o Interposta a apelação com fundamento no no III, c, deste artigo, o tribunal ad quem, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança.

§ 3o Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação. BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.** A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988.

____BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 1941.

____BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019.

____BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJE 35, 26.02.2010..

____BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292**, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJE 100, 16.05.2016..

____BRASIL. Supremo Tribuna Federal. **ADC 43, 44 e 54.** Relator: Marco Aurélio. DJE 245, 07/11/2019.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECRETO LEI. 3.689. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

FARACHE, Rafaela da Fonseca Lima Rocha. **Princípio da presunção de inocência: alguns aspectos históricos.** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 Out 2020.

FIGUEIREDO, Igor Nery. **A Prisão Durante o Processo Penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2012

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.

HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J.B. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9º ed., rev. e reform. – São Paulo : Atlas, 2017.

JUVENAL LIMA, Ricardo. **A evolução histórica do princípio da presunção de inocência do processo penal**. 2016. Trabalho de conclusão de curso — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016.

LEHFELD, L.S.;LÉPORE, P.E.; FERREIRA, O.A.V.A. **Monografia jurídica: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua conformidade Constitucional**. Vol. I Ed Lumem Juris, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 155.

PEREIRA, Geraldo Lopes. **Prisão preventiva e o estado de inocência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2637, 20 set. 2010.

PINTO, Felipe Martins. **Presunção de Inocência: Estudos em Homenagem ao Professor Eros Grau**. Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

SAGE PUBLICATIONS, Inc, 2008. **Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001 pag.60

_____ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e propriedade: o direito penal e os direitos fundamentais**

entre proibição do excesso e insuficiência. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 47, março-abril 2004.

SOUSA FERREIRA, Marcelo Henrique. **Os tipos de prisão e a garantia dos direitos humanos fundamentais no Brasil**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso — UniEvangélica, Anápolis, 2018.

STRECK, Lênio. **Parecer: Comissão Nacional de Estudos Constitucionais Requerimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade Dispositivo objeto de discussão: Artigo 492, I, “e”, e §§ 3º, 4º, 5º e 6º do Código de Processo Penal; e Artigo 3º da Lei nº 13.964/2019**. Porto Alegre. 2020. 8 páginas.