

**DA PRETENSÃO DE ESPECIALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA
DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

*ON THE CLAIM OF SPECIALTY OF THE EARLY EXECUTION OF
SENTENCE IN THE BRAZILIAN JURY*

André Peixoto de SOUZA¹

Gustavo Vinícius Moreira dos SANTOS²

Paula Yurie ABIKO³

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo investigar se as mudanças legislativas ocasionadas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) no tocante à execução antecipada da pena em crimes de competência do Tribunal do Júri, materializadas na mudança da redação do art. 493 do Código de Processo Penal, constituem uma afronta ou uma exceção à norma disposta junto ao art. 283 do mesmo diploma normativo, que prevê a possibilidade de execução da pena somente após o marco do trânsito em julgado.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal; Execução Antecipada da Pena; Pacote Anticrime; Teoria do Direito; Tribunal do Júri.

¹ Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Doutor em Filosofia, História e Educação pela UNICAMP. Professor nas Faculdades de Direito da UFPR, UNINTER e UTP. Professor na Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, e no Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, andrepeixotodesouza@gmail.com.

² Especialista em direito penal e processual penal – ABDCONST. Pós-graduando em Direito Constitucional – ABDCONST. Graduado em direito – Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Pesquisa em Tribunal do Júri (NUPEJURI), moreira.santos.gustavo@gmail.com.

³ Aluna ouvinte do mestrado (UFPR), Especialista em direito penal e processual penal – ABDCONST. Pós-graduanda em Direito Digital (CERS). Graduada em direito - Centro Universitário Franciscano do Paraná (FAE). Membro do NUPEJURI, núcleo de pesquisas em tribunal do Júri da FAE – Cnpq. Membro do GEA - grupo de estudos avançados - teoria do delito, (IBCCRIM). Membro do Neurolaw (grupo de pesquisas de Direito Penal e Neurociências – Cnpq). Membro do GEDIPI FAE, grupo de pesquisas de direito penal internacional – Cnpq). Colunista do Sala de Aula Criminal e Canal Ciências Criminais, paula_abiko@hotmail.com.

ABSTRACT

The following article aims to investigate if the legislative changes brought up by the anti-crime package (Law 13.964/2019) regarding the early execution of sentence of crimes within the jurisdiction of the Brazilian Jury, materialized in the change in the wording of article 493 of the Brazilian Criminal Procedure Code, constitutes an affront or an exception to the rule set forth in article 293 from the same Code, which provides for the possibility of execution of sentence only after the landmark of *res judicata*.

KEYWORDS: Criminal Procedure; Early Execution of Sentence; Brazilian Anticrime Package; Theory of Law; Jury.

INTRODUÇÃO

Época de emergentes turbulências políticas que, por sua própria natureza, logo se viram indissociáveis do campo jurídico-penal, os anos 2010 foram marcados por questionáveis alterações legislativas, bem como por problemáticos posicionamentos jurisprudenciais, mormente aquele que prevaleceu no histórico julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2016. Naquela oportunidade, a Suprema Corte brasileira entendeu que:

“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (grifado)⁴

⁴ STF. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJE: 07/02/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 20. dez. 2020.

O tema só iria ser enfrentado novamente pelo plenário do Supremo quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's) 43, 44 e 54, ocasião na qual foi reconhecida a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. A higidez constitucional do referido dispositivo normativo continha o potencial de enterrar, de uma vez por todas, a noção de execução provisória da pena no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que sua dicção é clara ao condicionar a aplicação da prisão-pena ao marco constitucional do trânsito em julgado.

A discussão, contudo, não encontra sinais de arrefecimento. Muito disso se deve ao esforço político empreendido em se manter a figura da execução provisória da pena no direito brasileiro, esforço este que gerou frutos na forma da Lei 13.964/2019, que prevê expressamente a possibilidade dessa inconstitucional modalidade de prisão em crimes de competência do Tribunal do Júri.

O fundamento invocado para tanto, conforme se verá ao longo do presente texto, é no sentido de que as peculiaridades constitucionais conferidas ao Tribunal do Júri seriam suficientes para autorizar a execução da pena do réu imediatamente após o reconhecimento de sua culpabilidade em primeiro grau pelo conselho de sentença, em clara afronta ao reconhecido constitucional art. 283 do Código de Processo Penal.

A partir da constatação do argumento e da contradição acima consignados, questiona-se: seria a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri a título de regra especial – uma exceção, portanto, ao posicionamento referendado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC's 43, 44 e 54 – compatível com o ordenamento jurídico brasileiro?

1 O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Antes de se analisar os dispositivos normativos envolvidos na questão ora levantada, oportuno é estabelecer, inicialmente, qual a posição destinada ao Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro.

O Tribunal do Júri é fundamental para o pleno exercício democrático, sendo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, consoante dispõe o artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal.

Nesse sentido, aduz Walfredo Cunha Campos⁵:

O Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente a justiça comum, colegiado e heterogêneo, formado por um Juiz Togado, que é seu presidente, e por 25 cidadãos, que tem a competência mínima para julgar os crimes dolosos praticados contra a vida, temporário (porque constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido), dotado de soberania quanto às suas decisões, tomadas de maneira sigilosa e inspiradas pela íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos.

Instituto de elevada estatura constitucional, o Tribunal do Júri consta no capítulo de direitos e garantias fundamentais, e é considerado cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal. No mesmo inciso reconhece-se como garantias intrínsecas ao procedimento do júri: a) a plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.⁶

⁵ CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri, teoria e prática**. Atlas, 2ª edição. São Paulo, 2013. p. 03.

⁶ SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. **Tribunal do Júri: o novo rito interpretado**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

Conforme assevera SILVA, os direitos e garantias relativos ao Tribunal do Júri complementam os demais direitos e garantias fundamentais enumerados pela Constituição, que, desta forma, devem ser interpretados de forma ampla.⁷

Tem-se, então, o Tribunal do Júri erigido à categoria de direito e garantia fundamental, o qual não pode ser simplesmente resumido somente a um mero rito, pois conforme elucida Ezilda Melo, o júri possibilita a reunião da filosofia, da arte, direito, pós-modernidade e caos, sendo um desafio aparente⁸.

Denota-se, assim, a importância dada pelo legislador constitucional a instituição do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo fundamental a preservação dos direitos e garantias fundamentais nos casos concretos.

Estabelecido o papel atribuído ao instituto em questão, passa-se a analisar as alterações legislativas que afetaram seu funcionamento no plano infraconstitucional, bem como a jurisprudência que motivou tais alterações.

2 A EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ALTERAÇÃO DA LEI 13. 964/2019

No ano de 2016, a partir do julgamento do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, uma justificada preocupação por parte de parcela dos profissionais do direito começa a emergir. Naquela oportunidade, invocando equivocadamente o instituto da mutação constitucional, a Suprema Corte brasileira optou por acatar uma leitura

⁷ *Idem.*

⁸ MELO, Ezilda. **Tribunal do Júri: arte, emoção e caos.** São Paulo, Tirant lo Blanch, 2020, p. 43.

alternativa do até então cristalino conceito de trânsito em julgado⁹, resultando na normalização da execução da pena de prisão logo após confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância, isto é, resultando em um cenário em que se tornou permitido punir sem mesmo se aguardar o esgotamento do trâmite recursal.

O texto constitucional aduz em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, direito individual de todos os que respondem a processos criminais, e, portanto, considerado cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do que dispõe o artigo 60, § 4º da Constituição Federal, o que demonstra a elevada posição constitucional que se encontra o princípio da presunção de inocência. A respeito, ressaltam Lucchesi e Mendes¹⁰:

A presunção de inocência é uma regra constitucional, um tipo fechado que não pode ser confundido com simples orientação principiológica para fins de incidência da teoria da ponderação, convertendo-se a regra constitucional em princípio com o fim de ponderá-lo, e na prática, visando banalizá-lo e não cumpri-lo, utilizando da máscara da ponderação para esconder a subjetividade do julgador.

Ainda, ressalta Maurício Zanoide de Moraes¹¹, que o princípio da presunção de inocência não admite prisões automáticas ou execuções antecipadas da pena, o que

⁹ “E o conceito de trânsito em julgado tem fonte e história e não cabe que seja manejado irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcido de forma autoritária e a “golpes de decisão”. Não pode o STF, como fez no HC 126.292 (autorizando a execução antecipada da pena), com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares páginas de doutrina.” LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 139.

¹⁰ MENDES, Tiago Bunning, LUCCHESI, Guilherme Brenner, **Lei anticrime: A (Re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 127.

¹¹ MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.p. 424-427 e 538.

torna inconstitucional a redação da Lei 13.964/2019 sobre a execução provisória da pena no Tribunal do Júri, nas penas superiores há 15 anos de reclusão.

Durante meses esse foi o entendimento firmado pela Corte sobre a prisão em segunda instância, contrariando os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, os direitos individuais, e os tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário¹², observando-se uma forte influência midiática¹³ que incidiu no processo decisório do caso concreto, em decorrência das grandes operações em curso à época no país¹⁴.

Com o julgamento das ADC's 43, 44 e 54 pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, reafirmou-se a tradicional interpretação conferida ao art. 5º, LVII da Constituição Federal, qual seja, a que impõe a presunção de inocência até sentença condenatória irrecorrível. Gerou como consequência a interrupção da execução provisória de pena e a reafirmação da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

Inobstante a inconstitucionalidade da execução provisória da pena chancelada pelo STF no julgamento das referidas ADC's, a Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime” (como se alguém fosse a favor do crime), inova

¹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969, Artigo 8º, ponto 2: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. CONSELHO DA EUROPA, **Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 1950, Artigo 6.º “Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”, <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>, acesso em 20 de outubro de 2020.

¹³ Sobre a influência da mídia da sociedade pós-moderna, ressalta MELO: “Sociedade midiaticizada, criadora de um pseudo mundo, objeto de pura contemplação. Assistiu-se ao vivo, no início do século presente, a um atentado que destruiu o maior símbolo do capitalismo norte americano. Cada cena faz parte de um amontoado de imagens sucessivas que ficam registradas na memória coletiva regional ou mundial”, MELO, Ezilda, *Op. cit.*, p. 46.

¹⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Abandonai toda a esperança vós que aqui entráis**: Habeas Corpus 126.292, <<https://canalcienciascriminais.com.br/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corporus-126-292/>>, ISSN: 2446-8150 acesso em 20 de outubro de 2020.

ao prever a possibilidade dessa modalidade de prisão nos crimes de competência do tribunal do júri. A respeito, Lucchesi e Mendes acertadamente pontuam que¹⁵:

(...)o Pacote Anticrime desconsidera que recentemente no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, o STF passou a vedar a execução antecipada de pena, com fundamentos na presunção de inocência, somado ao fato de que o art. 283 do CPP – mesmo considerando sua redação alterada pela Lei 13.964/2019 – **somente prevê a possibilidade de 03 (três) espécies de prisões constitucionais em nosso ordenamento: flagrante, cautelar ou decorrente de condenação transitada em julgado.** (grifado)

Dispõe a atual redação do artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal que, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão¹⁶, o juiz 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.

Nesse sentido, a nova redação do artigo 492, inciso I, do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 13.964/2019, enseja inúmeros questionamentos sobre a sua validade, visto que se trata de um juízo deôntico conflitante com o constitucional artigo 283 do mesmo diploma.

Ademais, trata-se de um cenário de incertezas legislativas, pois mesmo com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a prisão em segunda instância, e a

¹⁵ MENDES, Tiago Bunning, LUCCHESI, Guilherme Brenner, *Op. cit.*, p. 124.

¹⁶ Artigo 492, inciso I, alínea “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*”.

possibilidade de prisão apenas após o esgotamento da via recursal, reiteradas são as discussões e projetos de leis na Câmara dos Deputados e Senado para possibilitar a condenação em segunda instância, ainda que não esgotados os recursos cabíveis¹⁷.

Legislações criadas sem reflexão sobre os impactos sociais contribuem para o aumento exacerbado do sistema prisional, para a manutenção de um sistema ineficaz, violento e em completa dissonância com as pretensas funções da pena. É necessário pensar alternativas diante do caos exposto, ressaltando nesse sentido Massimo Pavarini¹⁸:

Terminado el tiempo en el cual era posible satisfacerse con mostrar el rostro violento de la represión de clase, ha llegado ahora el momento de comprometerse en la construcción de un conocimiento crítico de la cuestión criminal, el cual pueda proponerse en términos positivos como ciencia de las transformaciones y de la liberación.

O conhecimento crítico sobre a criminalização, suas causas e pessoas atingidas, destarte, se mostra essencial à um país demasiado desigual e com uma seletividade penal tão exposta como a brasileira, motivo pelo qual uma análise aprofundada do dispositivo normativo que autoriza de forma questionável a restrição da liberdade se torna imperiosa.

3 IDENTIFICAÇÃO DA ANTINOMIA GERADA PELO PACOTE ANTICRIME NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

¹⁷ALVES, Renato. **PEC da prisão em segunda instância será debatida em videoconferência**, <<https://www.camara.leg.br/noticias/696502-pec-da-prisao-em-segunda-instancia-sera-debatida-em-videoconferencia/>>, acesso em 20 de outubro de 2020.

¹⁸ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**, (Nueva criminología y derecho), Traducción de: Ignacio Muñagorn, 1ª edição, Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 16.

Objeto do presente estudo, passa-se a analisar a inovação trazida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 492 do Código de Processo Penal (CPP), especialmente aquela constante na parte final do inciso I, alínea e), do referido dispositivo normativo, que introduziu a possibilidade de execução provisória da pena nos crimes de competência do Tribunal do Júri ao ordenamento jurídico brasileiro. *In verbis*:

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 (grifado)

Com a utilização da expressão *execução provisória das penas*, o legislador infraconstitucional visou conferir legitimidade na aplicação da *prisão-pena*, modalidade de medida restritiva de liberdade fundamentada na *culpabilidade* e que não se confunde com as prisões cautelares (preventiva e temporária) nem com a prisão em flagrante (ou precautelar)¹⁹, em momento anterior ao marco do *trânsito em julgado*.

Antes mesmo de uma análise aprofundada acerca da compatibilidade da norma acima transcrita com a ordem constitucional vigente, nota-se desde pronto que seu conteúdo é conflitante com o que dispõe o artigo 283 do CPP, que estabelece o marco do trânsito em julgado como necessário para aplicação da prisão-pena:

¹⁹ LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p. 880

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado (grifado)

A circunstância ora descrita constitui evidente antinomia, que segundo Norberto Bobbio pode ser definida como “*aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade*”²⁰. A incompatibilidade em questão, por sua vez, advém do fato de que uma das normas **permite** determinada conduta, ao passo de que a outra norma a **proíbe**.

Explica-se.

Em relação ao que estabelece a norma disposta no art. 492 do Código de Processo Penal, o legislador infraconstitucional *determina* que haverá *execução provisória da pena* nos casos previstos na alínea e) do inciso I do dispositivo ora analisado, *salvo* nas hipóteses previstas nos parágrafos 3º ao 6º do mesmo artigo. Em outras palavras, observa-se que a *execução provisória da pena* constitui, em tese, prática **permitida** pelo legislador. Evidente, destarte, é a afronta do reformado art. 492 à norma disposta no art. 283 do mesmo diploma, que expressamente **proíbe** a aplicação da pena privativa de liberdade antes de sentença penal condenatória passada em julgado.

4 CRITÉRIOS PARA A SOLUÇÃO DA ANTINOMIA NO PLANO LEGAL

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C.J. Santos, rev. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 88.

Identificada a incompatibilidade normativa objeto do presente estudo gerada pelo pacote anticrime, passa-se a tentar solucioná-la. Para tanto, o presente estudo contará com os critérios elaborados pela jurisprudência e enumerados por Bobbio em sua “*Teoria do Ordenamento Jurídico*”.

A primeira regra para solução de antinomias citado pelo referido autor é o critério cronológico, compreendido como “*aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: lex posterior derogat priori*”²¹. Entretanto, não se vislumbra a possibilidade de solução da antinomia em debate a partir desse critério, visto que ambas as normas são contemporâneas: tanto a redação atual do art. 283 quanto as alterações ao art. 492, ambos do CPP, são frutos do mesmo ato normativo – a Lei nº 13.964/19 (pacote anticrime). Diante da insuficiência do primeiro critério, passa-se a examinar o segundo.

Bobbio prossegue descrevendo a segunda regra, qual seja, o critério hierárquico. Conforme se infere de sua nomenclatura, o critério ora analisado soluciona incompatibilidades entre duas normas através da identificação de eventual diferença hierárquica entre elas, isto é, prevalece aquela que for hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*.²² Não há de se falar, no entanto, de hierarquia entre as normas aqui debatidas na medida em que ambas pertencem ao mesmo código e ambas entraram em vigor pelo mesmo ato normativo. Contudo, é importante destacar desde logo que as alterações realizadas no art. 492 conflitam diretamente com o disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Tal incompatibilidade, contudo, será objeto de análise adiante.

Finalmente, a terceira regra se apresenta como o critério da especialidade e pode ser definido como aquele que favorece uma norma especial (ou excepcional)

²¹ Ibidem, p. 92-93.

²² Idem

frente a uma norma geral em uma situação de incompatibilidade entre elas: *lex specialis derogat generali*²³. Bobbio prossegue:

Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). (...) A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação.²⁴

A partir de análise meramente legalista, poder-se-ia argumentar que a antinomia tratada no presente trabalho pode ser solucionada a partir da do critério da *lex specialis*, visto que o conflito entre as normas em questão é do tipo *total-parcial*.

Explica-se. De acordo com Bobbio:

Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte do da outra, **a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda**, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar **total-parcial**. A primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira²⁵ (grifado)

Ainda, segundo o referido autor, a situação antinômica gerada pelo conflito entre uma norma geral e uma norma especial ser de natureza *total-parcial* implica no fato de que, ao se aplicar o critério da *lex specialis*, deixa de ocorrer a eliminação total

²³Ibidem, p. 95-96

²⁴Idem

²⁵Ibidem, p. 89

de uma das duas normas incompatíveis, havendo a exclusão somente daquela parte da norma geral que é incompatível com a norma especial. Isto é, “*por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente*”.²⁶

No caso em tela, eventuais defensores da execução provisória da pena poderiam argumentar que a norma contida no art. 283 (leia-se: a impossibilidade de se aplicar a prisão-pena antes do trânsito em julgado) é **totalmente incompatível** com a alínea e) do inciso I do artigo 492, ao passo que este dispositivo normativo seria **parcialmente compatível** em relação ao primeiro na medida em que estabelece uma suposta cláusula de exceção: *a execução provisória da pena é proibida **exceto** no caso de condenação a pena igual ou superior a 15 anos em crime de competência do Tribunal do Júri.*

Destarte, a partir dessa leitura, por efeito da inovação ao artigo 492 (*lex specialis*), a norma disposta no artigo 283 (*lex generalis*) seria mitigada quando no âmbito de aplicação da primeira.

Tal leitura, contudo, não merece prosperar. A análise dos dispositivos normativos em questão não pode ser limitada ao plano legal, fazendo-se imperativa a análise do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo aquela tocante ao plano constitucional.

5 ANÁLISE DA ANTINOMIA GERADA PELO PACOTE ANTICRIME NO PLANO CONSTITUCIONAL

Baseando-se na doutrina de Hans Kelsen, especialmente naquilo que compreende a *teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico*²⁷, que

²⁶Ibidem, p. 97

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. trad., 2002, p. 95.

pressupõe que as normas de um dado ordenamento não existem todas em um mesmo plano, Bobbio argumenta que:

As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. Os regulamentos executam as leis ordinárias e produzem os comportamentos a eles conformes. Todas as fases de um ordenamento são, ao mesmo tempo, executivas e produtivas, à exceção da fase de grau mais alto e da fase de grau mais baixo. O grau mais baixo é constituído pelos atos executivos: esses atos são meramente executivos e não produtivos. O grau mais alto é constituído pela norma fundamental: essa é somente produtiva e não executiva.²⁸

A partir dessa perspectiva, considerando o papel atribuído às leis ordinárias em executar o que dispõe a Constituição, é seguro aduzir que o conteúdo normativo de determinada lei deve, necessariamente, encontrar seu fundamento de validade em uma norma de hierarquia superior, isto é, em uma norma constitucional.

Seguindo a lógica acima desnudada, pode-se argumentar que a norma disposta no art. 283 do Código de Processo Penal encontra sua razão de ser por conta da força daquilo que preconiza o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, *ipsis litteris*: “LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A afirmação acima pode ser confirmada, em um primeiro momento, a partir da análise dos enunciados normativos ora envolvidos. Enquanto o inciso LVII determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o art. 283 dispõe, como visto anteriormente, que ninguém poderá ser preso, no caso de prisão fundamentada com base na culpabilidade, senão em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado.

²⁸ BOBBIO, *Op. cit.*, p. 51.

Para além da semelhança entre seus enunciados normativos, o motivo pelo qual o art. 283 encontra necessariamente seu fundamento no inciso LVII é porque o referido dispositivo constitucional consagra o *Princípio da presunção de inocência* no ordenamento jurídico brasileiro, considerado por LOPES JR como o *princípio reitor do processo pena*²⁹. Nesse sentido:

A partir da análise constitucional e também do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, VEGAS TORRES aponta para as três principais manifestações (não excludentes, mas sim integradoras) da presunção de inocência:

- a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
- b) É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, **deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo** (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
- c) Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada³⁰. (grifado)

Assim sendo, nos parece que a especial condição ocupada pelo princípio da presunção de inocência no ordenamento jusbrasileiro, advinda de uma opção política por um modelo democrático de processo penal, irradia seus efeitos para todas as demais normas processuais penais, inclusa aquela disposta no art. 283 do Código de

²⁹ LOPES JUNIOR, *Op. cit.*, p.135

³⁰ LOPES JR, *Op. cit.*, *apud*: VEGAS TORRES, p. 138

Processo Penal, que devem ser lidas de acordo com as três dimensões do princípio em questão.

Ademais, pontua-se que o art. 283 do CPP deriva especialmente da segunda dimensão acima elencada, isto é, do *princípio da presunção de inocência como norma de tratamento*, visto que expressamente proíbe a prisão-pena em momento anterior ao trânsito em julgado em virtude, justamente, da impossibilidade de se *tratar o imputado como se culpado fosse* antes do marco constitucional estabelecido pelo inciso LVIII.

Encontrado o dispositivo constitucional que fundamenta a norma disposta no art. 283 do CPP, passa-se a buscar o dispositivo que fundamenta, em tese, as inovações trazidas pelo pacote anticrime ao art. 492 e que constituem objeto do presente texto.

Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, quando do envio da Exposição de Motivos nº 00014/2019 à Presidência de República, juntamente com a redação do que iria se tornar a Lei 13.964/19, a norma constitucional que garantiria a validade das alterações realizadas ao art. 492 do Código de Processo Penal consistiria na chamada *soberania dos veredictos*:

Os arts. 421, 492 e 584, na sua nova redação, dizem respeito à prisão nos processos criminais da competência do Tribunal do Júri. **A justificativa baseia-se na soberania dos veredictos do Tribunal do Júri** e a usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados e que justificam um tratamento diferenciado. Na verdade, está se colocando na lei processual penal o decidido em julgamentos do Supremo Tribunal Federal que, por duas vezes, admitiu a execução imediata do veredicto, tendo em conta que a decisão do Tribunal do Júri é soberana, não podendo o Tribunal de Justiça substituí-la (STF, HC nº 118.770/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 7/3/2017 e HC nº 140.449/RJ, Relator

Ministro Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Ministro Luís Barroso, j. 6/11/2018)³¹ (grifado)

Como se vê, a modificação ora analisada além de supostamente encontrar sua validade normativa naquilo que dispõe a alínea c) do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição da República³² também visou positivar uma tendência jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade de execução antecipada da pena no âmbito do Tribunal do Júri³³. Nesse sentido, o voto do Min. Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 1.235.340/SC:

33. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, **na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Conselho de Sentença**, e o **Tribunal de segundo grau não pode substituir-se à deliberação dos jurados (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, “c”), o princípio da presunção de inocência** adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII, e 144), notadamente a vida humana. Noutros termos: interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais de especial relevância no quadro de valores constitucionais, tais como a vida, a dignidade humana e a

³¹ BRASIL, 2019. **Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020.

³² “art. 5º (...) XXXVIII - 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”

³³ “34. Essa forma de solucionar a questão está alinhada com a orientação jurisprudencial que vem sendo adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos, relativamente à exequibilidade das condenações soberanamente proferidas pelo Tribunal do Júri, antes mesmo do exame da apelação (HCs 118.770 e 140.449, Redator para o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso; e HC 169.286-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes)” STF. **Recurso Extraordinário 1235340/SC**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 12/05/2020. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf>. Acesso em: 20. dez. 2020.

integridade física e moral das pessoas. Isso significa dizer que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade.³⁴ (grifado).

Observa-se, desta forma, que a tendência jurisprudencial exibida pela Primeira Turma do STF é no sentido de se permitir a execução imediata da pena após sentença penal condenatória exarada pelo Tribunal do Júri na medida em que a culpabilidade do agente restaria, em tese, configurada por força do dispositivo normativo-constitucional que garante soberania às decisões tomadas pelo conselho de sentença. A soberania das decisões, por sua vez, seria suficiente para concretizar a culpabilidade diante destas circunstâncias, visto que os tribunais de segundo grau não possuem o condão de reformar as deliberações dos jurados, embora possam anulá-las em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Identificada a norma constitucional que supostamente confere validade às alterações ao art. 492 do Código de Processo Penal, percebe-se que o conflito normativo infraconstitucional analisado anteriormente pode ser resolvido no âmbito constitucional a partir da solução da colisão entre os princípios da presunção de inocência e da soberania dos veredictos. Em outras palavras, para se estabelecer se a execução provisória da pena em crimes de competência do Tribunal do Júri pode ser compreendida como regra especial, exceção, portanto, ao que estabeleceu o STF a partir do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, deve-se primeiramente determinar qual destes princípios possui precedência sobre o outro dentro destas circunstâncias.

³⁴STF. **Recurso Extraordinário 1235340/SC**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 12/05/2020. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf>. Acesso em: 20. dez. 2020.

6 A COLISÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Diante do impasse ocasionado pelo pacote anticrime, imperiosa se torna a resolução da questão central do presente trabalho: o ordenamento jurídico brasileiro tolera a execução antecipada da pena após sentença penal condenatória exarada pelo Tribunal do Júri a título de regra especial?

A resolução dessa aparente contradição reside na leitura proposta por Robert Alexy em sua *“Teoria dos Direitos Fundamentais”*. Nela, Alexy separa as normas jurídicas em duas categorias distintas, quais sejam, a das regras e a dos princípios: enquanto regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não, princípios seriam, por sua vez, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.³⁵

Nessa esteira, Alexy argumenta que a colisão entre dois princípios implica em um cenário onde um deles deve ceder, sem, contudo, isso significar que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre, em verdade, é que um dos princípios possui precedência em face do outro, a depender das circunstâncias.³⁶

Diante da hipótese fática na qual se autoriza a aplicação da prisão-pena em momento anterior ao trânsito em julgado ao réu condenado pelo Tribunal do Júri, a fim de se compreender qual dos princípios ora trabalhados possui precedência sobre o outro, deve-se definir qual dos interesses por eles defendidos possui maior peso no caso concreto.

³⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90-91.

³⁶ *Ibidem*, p. 93.

Caso o impasse seja resolvido conferindo à soberania dos veredictos peso maior do que aquele dado à presunção de inocência, estar-se-ia a dizer que a execução antecipada da pena é autorizada pela impossibilidade de reforma das decisões do conselho de sentença em segundo grau, visto que a culpabilidade do réu supostamente já restaria concretizada.

O equívoco desta primeira interpretação se evidencia, primeiramente, na medida em que sua premissa é inteiramente baseada no fato de que as instâncias superiores não possuem legitimidade para reformar as decisões do Tribunal do Júri, sem, contudo, adequadamente considerar as hipóteses de anulação destas mesmas deliberações. Em verdade, por uma questão lógica, não há como se admitir o discurso de concretização da culpabilidade após a primeira deliberação do conselho de sentença: se as condições legais e materiais permitem o ataque à decisão por ele exarada³⁷, então o desfecho do processo, assim como a culpabilidade, ainda não foi atingido.

Se não se pode falar em culpabilidade após a primeira decisão do conselho de sentença, pelo menos não enquanto a deliberação em questão ainda pode ser objeto de recurso às instâncias superiores, o que se está a fazer ao executar a pena nos moldes das alterações promovidas pelo pacote anticrime é, efetivamente, *tratar o réu enquanto culpado até o trânsito em julgado*.

Como se vê, as alterações legislativas ora trabalhadas não podem ser encaradas como uma mera mitigação à presunção de inocência a título de regra especial, mas devem, sim, ser vistas como uma tentativa de se alcançar sua completa supressão no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, visto que a precedência da soberania dos veredictos, nesse caso, reduz drasticamente a incidência da presunção de inocência em sede de segundo grau sem que isso se traduza em qualquer tipo de

³⁷ Vide art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal: “art. 593: caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”

benefício aos valores tutelados pela soberania das decisões. O legislador infraconstitucional, desta forma, atuou em desarmonia com o que dispõe a Carta Magna brasileira ao tratar a presunção de inocência não como o princípio reitor de um processo penal democrático, mas sim como regra passível de supressão.

O equilíbrio entre os dois princípios, entretanto, pode ser atingido caso o impasse seja resolvido conferindo à presunção de inocência peso maior do que aquele dado à soberania dos veredictos. Nessa hipótese, a presunção de inocência mantém-se incólume até o advento do marco constitucional do trânsito em julgado e a decisão dos jurados prossegue soberana na medida em que a anulação de uma deliberação do conselho de sentença resulta na devolução da matéria ao próprio Tribunal do Júri para que este dê a palavra final acerca dos fatos objetos do processo penal. Em outras palavras, para que haja harmonia entre os princípios ora trabalhados, necessária se faz a exclusão integral dos dispositivos infraconstitucionais que permitem a execução antecipada da pena no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, uma vez que incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro mesmo a título de regra especial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou verificar a compatibilidade das alterações ao art. 492 do Código de Processo Penal, trazidas à lume pelo pacote anticrime, com o ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-o a partir da análise da antinomia gerado pelo referido dispositivo quando lido em conjunto com declaradamente constitucional art. 283 do mesmo diploma normativo.

Conforme explicitado, concluiu-se que a modificação do art. 492 é incompatível não somente a norma disposta no art. 283, sendo também inconciliável com uma leitura sistemática do direito brasileiro, visto que afronta a ordem constitucional na

medida em que visa a supressão da presunção de inocência, comumente considerada como princípio reitor do processo penal democrático.

Ademais, para além da impossibilidade de se interpretar a inovação ao art. 492 como regra especial aplicada ao Tribunal do Júri, conforme aventado pelo presente texto, pontua-se, ainda, na linha de LOPES JR., que a própria natureza do instituto em questão veda a interpretação de um de seus princípios da forma proposta pelo pacote anticrime, argumentando que *“tanto a instituição do júri como a soberania dos jurados estão inseridos no rol de direitos e garantias individuais, não podendo servir de argumento para o sacrifício da liberdade do próprio réu.”*³⁸ Afinal, conforme assevera TAVARES *“A Constituição em um Estado Democrático de Direito está orientada, de maneira preferencial, à proteção dos direitos da pessoa humana, a qual deve prevalecer sobre qualquer outra norma.”*³⁹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALVES, Renato, **PEC da prisão em segunda instância será debatida em videoconferência**, <<https://www.camara.leg.br/noticias/696502-pec-da-prisao-em-segunda-instancia-sera-debatida-em-videoconferencia/>>, acesso em 20 de outubro de 2020.

BRASIL, 2019. **Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm>. Acesso em: 20 dez. 2020

BRASIL, 2019. **Lei nº 13.964/2019**, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>, acesso em 20 de outubro de 2020.

³⁸ LOPES JUNIOR, *Op. Cit.*, p. 1307.

³⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 52.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C.J. Santos, rev. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri, teoria e prática**. Atlas, 2ª edição. São Paulo, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan, **Abandonai toda a esperança vós que aqui entráis: Habeas Corpus 126.292**, <<https://canalcienciascriminais.com.br/abandonai-toda-a-esperanca-vos-que-aqui-entrais-habeas-corpus-126-292/>>, ISSN: 2446-8150 acesso em 20 de outubro. de 2020.

CONSELHO DA EUROPA, **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 1950.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed. trad., 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELO, Ezilda, **Tribunal do Júri: arte, emoção e caos**, São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020.

MENDES, Tiago Bunning, LUCCHESI, Guilherme Brenner, **Lei anticrime: a reforma penal e a aproximação de um sistema acusatório?** São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2020.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, (Nueva criminología y derecho), Traducción de: Ignacio Muñagorn, 1ª edição, Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e. **Tribunal do Júri: o novo rito interpretado**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STF. **Habeas Corpus 126.292 São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. DJE: 07/02/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso em: 20. dez. 2020.



REVISTA
DIREITO

FAE

STF. **Recurso Extraordinário 1235340/SC**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJ: 12/05/2020. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf>. Acesso em: 20. dez. 2020.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.