

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Izabella Francine Reis de Almeida

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO
ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI**

**Taubaté -SP
2023**

Izabella Francine Reis de Almeida

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Trabalho de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ma Giovana Gleice Gomes dos Santos Gurpilhares.

**Taubaté -SP
2023**

**Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU**

A447i Almeida, Izabella Francine Reis de
A (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal
do júri / Izabella Francine Reis de Almeida. -- 2023.
60f. : il.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2023.

Orientação: Profa. Ma. Giovana Gleice Gomes dos Santos
Gurpilhares, Departamento de Ciências Jurídicas.

1. Tribunal do júri. 2. Trânsito em julgado. 3. Constituição federal.
4. Convívio social. I. Universidade de Taubaté. Departamento de
Ciências Jurídicas. Curso de Direito. II. Título.

CDU - 343.2

IZABELLA FRANCINE REIS DE ALMEIDA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA
NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Trabalho de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

“O direito é um poder passivo ou pacificado pelo Estado e é sinônimo de poder, pois sem esta participação e legitimação democrática, só resta a violência, a descrença e a barbárie.”

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho visa analisar criticamente a execução antecipada da pena no tribunal do júri, considerado e elevando fielmente os princípios penais, constitucionais e sociais presentes em sua concretude no sistema judiciário. Neste sentido, o referente para a pesquisa serão as persistentes e notórias disparidades entre a garantia constitucional que prevê em seu art. 5º, LVII, CF, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando em seu rico e necessário conteúdo o princípio da presunção de inocência, e a Lei 13.964/2019, mais precisamente no art. 492, alínea “e”, que ventila que o acusado no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, terá a determinação da execução antecipada de sua pena, com a consecutiva expedição do mandado de prisão. Para que haja o entendimento de tal medida inconstitucional no sistema jurídico atual, necessário será o estudo sobre comportamento humano desde os primórdios com o surgimento das primeiras civilizações que tinham como princípio de sobrevivência a barbárie, que ainda se faz presente nos dias atuais, mas hoje não mais pela sobrevivência, mas sim pela necessidade descomunal de punir alguém excluindo-o do convívio social. A execução antecipada da pena do tribunal do júri destacará a importância do devido processo legal no âmbito processual penal em consonância a Constituição Federal de 1988, a carta Magna, garantidora dos direitos fundamentais dos cidadãos e os atuais posicionamentos do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Tribunal do júri, trânsito em julgado, barbárie, convívio social, Constituição Federal

ABSTRACT

The present work aims to critically analyze the early execution of the sentence in the jury court, considering and faithfully elevating the criminal, constitutional and social principles present in their concreteness in the judicial system. In this sense, the reference for the research will be the persistent and notorious disparities between the constitutional guarantee provided for in its art. 5th, LVII, CF, that no one will be considered guilty until the final and unappealable criminal sentence, enshrining in its rich and necessary content the principle of presumption of innocence, and Law 13,964/2019, more precisely in art. 492, paragraph "e", which states that the accused, in the case of reporting a sentence equal to or greater than 15 years of imprisonment, will be ordered to execute his sentence in advance, with the consecutive issuance of the arrest warrant. In order for there to be an understanding of such an unconstitutional measure in the current legal system, it will be necessary to study human behavior since the beginning with the emergence of the first civilizations that had barbarism as a principle of survival, which is still present today, but today no longer for survival, but rather for the overwhelming need to punish someone by excluding them from social life. The early execution of the jury's sentence will highlight the importance of due process in the criminal procedural sphere in line with the 1988 federal constitution, the Magna Carta, guaranteeing the fundamental rights of citizens and the current positions of the Federal Supreme Court.

Keywords: Jury Court, final judgment, barbarism, social life, Federal Constitution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 TRIBUNAL DO JÚRI	10
2.1 Origem	10
2.2 Origem no Direito Brasileiro	12
2.3 Crimes Julgados Pelo Tribunal do Júri no Atual Ordenamento Penal Brasileiro	13
2.3.1 <i>Homicídio</i>	14
2.3.2 <i>Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio ou a Automutilação</i>	14
2.3.3 <i>Infanticídio</i>	16
2.3.4 <i>Aborto</i>	16
3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL	18
3.1 Plenitude de Defesa	18
3.2 Sigilo das Votações	20
3.3 Soberania dos Verdictos	22
3.4 Competência Para o Julgamento de Crimes Dolosos Contra a Vida	24
3.5 Princípio da Presunção de Inocência	26
3.6 O Conflito Aparente Entre o Princípio da Presunção de Inocência e o Princípio da Soberania dos Verdictos	29
4 ADVENTO DO PACOTE ANTICRIME – LEI 13.964/2019 EM CONTRASSENSO AS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44, 54	41
4.1 Ponderações Quanto ao Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória	41
4.2 Introdução Sobre as Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54	42
4.3 Considerações Sobre o Art. 492, I, do CPP que Institui a Possibilidade do Imediato Cumprimento da Pena	43
4.4 A Constitucionalidade do Art. 283 do CPP em Consonância com ao Art. 5º LVII, da Constituição Federal em Face da Inconstitucionalidade do Art. 492, I, Alínea “e” do CPP	45
5 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO PUNITIVISTA	48
5.1 O Punitivismo Social Como Justificativa	48
5.2 Justiça Punitiva	50
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A execução antecipada da pena no tribunal do júri é um tema de grande relevância, controvérsias e embates no cenário jurídico, tanto pelas Cortes Superiores, legisladores e, inclusive pelas correntes doutrinárias. Isto porque, qualquer decisão referente a ela, seja em favor ou desfavor de sua permanência na legislação penal brasileira, atingirá milhares de pessoas direta ou indiretamente e, principalmente, a Constituição Federal.

A controvérsia sobre a execução antecipada da pena no tribunal do júri consiste na problemática entre o princípio da presunção de inocência presente na Constituição Federal em consonância ao art. 283 do Código de Processo Penal, que elucida que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado que diverge em sua integralidade do art. 492, alínea “e” do Código de Processo Penal, inserido na legislação através da Lei do Pacote Anticrime, especificamente a Lei nº 13.694/2019 que ilustra que 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.

Neste diapasão, a Constituição Federal garante aos cidadãos o devido processo legal e dispõe sobre a presunção de inocência. O referido princípio é uma das garantias basilares do direito, pois atua como garantidor da liberdade dos indivíduos, concedendo àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade judicial, ou seja, acusado de praticar um crime doloso contra a vida, posto no banco dos réus, a possibilidade de presumir-se inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em contrapartida, a supracitada Lei 13.694/2019 nomeada como “Lei do Pacote Anticrime” afronta explicitamente o princípio da presunção de inocência constante na Constituição Federal. A referida divergência contida no Código de Processo Penal face à Constituição Federal vem sendo motivo de embates públicos e políticos e, inclusive, o Supremo Tribunal Federal - (STF), julgou inconstitucional a execução antecipada da pena, visto que as possibilidades de interposição de recursos não se esgotaram, conforme prevê o texto Constitucional.

Nesse diapasão, o tema foi alvo de controvérsias dentro do próprio Supremo Tribunal Federal e dessa forma, no ano de 2019 o plenário do Supremo Tribunal Federal colocou em pauta o referido tema novamente, eis que, fora julgando anteriormente em 2009 e 2016. E, em 7 de novembro do mesmo ano a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do art. 492, alínea “e” do Código de Processo Civil, e conseqüentemente recorreu ao texto do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), que efetiva a o texto Constitucional garantindo a permanência da presunção de inocência no cenário penal brasileiro até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para melhor compreensão da importância da temática, bem como as motivações das controvérsias existentes, o presente trabalho foi dividido em 8 (oito) capítulos.

O capítulo I intitulado como contexto histórico sobre o tribunal do júri, visa demonstrar o seu nascimento, desenvolvimento e aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A contextualização amparará os demais capítulos para que haja uma compreensão linear sobre os desdobramentos deste tão importante procedimento constante no âmbito penal, processual penal e constitucional.

O capítulo II versa sobre os princípios constitucionais específicos do Tribunal do Júri, estabelecendo parâmetros para o andamento do devido processo legal, transcendendo os princípios basilares e tradicionais constantes no ordenamento jurídico. Assim, demonstrando a relevância da plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos vereditos, bem como a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. É o tópico de maior relevância do presente trabalho, pois se destacará pela elucidação do princípio basilar do direito, o da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bem como a sua fragilidade oriunda de um estado punitivista.

O capítulo III aborda o advento do Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019, que justificará o desenvolvimento do presente trabalho, visto que as alterações trazidas pela referida lei são as causadoras dos conflitos constitucionais abordadas durante o desenvolvimento da atividade acadêmica, especificamente o texto introduzido no art. 492, alínea, I, alínea “e” do Código de Processo Penal. Além de apresentar os entendimentos dos tribunais superiores, ou seja, Supremo Tribunal Federal e Superior

Tribunal de Justiça sobre a temática da (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri, com os julgamentos das ações diretas de constitucionalidade 43, 44 e 54. Inserindo inclusive, as mudanças nos entendimentos desde a inserção do pacote anticrime no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que houve discussões e mudanças de opiniões dos desembargadores e Ministros acerca deste tema tão delicado e importante para o cenário jurídico brasileiro.

O capítulo IV denominado como a relativização dos direitos fundamentais no estado democrático de direito, apresenta uma visualização da absolutização da barbárie e as marcas do sistema judiciário punitivo que vai de encontro com a Constituição Federal que acolhe o princípio da Dignidade Humana.

Por fim, a presente pesquisa analisará criteriosamente a (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena observados os princípios norteadores da Constituição Federal, bem como o Código Penal e Processual Penal. Além das matérias pertencentes a grade do Direito, há também a observância pura do comportamento humano sobre a predestinação ao julgamento e punição, mesmo que tal julgamento seja escasso de entendimento jurídico e enfatize por consequência a natureza bárbara dos seres humanos.

No mais, para a satisfação do objetivo proposto será utilizado o método dialético e desenvolver-se-á o trabalho principalmente por meio de pesquisa bibliográfica e documental, em que serão utilizados os processos de identificação e compilação, bem como por intermédio de livros, artigos científicos, jurisprudências, levantamento de dados estatísticos e históricos obtidos em órgãos competentes.

2 TRIBUNAL DO JÚRI

O presente tópico buscará elucidar os fundamentos basilares do instituto do Tribunal do Júri vislumbrando sua origem global e, sobretudo, o surgimento no direito brasileiro, considerando que a pesquisa abordará especificamente o seu desenvolvimento e desdobramentos dentro do território nacional ao longo dos anos.

Além de demonstrar os momentos iniciais de sua origem em ambas as concepções – mundial e nacional – o presente tópico abordará os motivos que desencadearam o surgimento do referido instituto, ou seja, o porquê de sua existência, além de elucidar a sua composição

2.1 Origem

A instituição do Júri é antiga, tendo como simbologia temporal marcos em Roma, Palestina, Grécia. Contudo, o marco jurídico que prevalece entre os juristas e historiadores sociais é a existência da Carta Magna do Rei “João sem Terra” do ano de 1.215 que elucida no art. 39 que “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país”. Conceito e art. estes que fazem parte inclusive, da Revolução Francesa com marco inicial em 17 de maio de 1789, movimento liderado pela burguesia com auxílio dos povos que viviam mergulhados na extrema pobreza, como os camponeses e povos que pertenciam a classe urbana. A instituição do Júri, além de ter um marco dentro das primeiras iniciativas na Revolução Francesa, também esteve presente em sua Primeira Constituição. (BEZERRA, [s.d.]

Neste diapasão, Nucci elucida que o atual instituto do Tribunal do júri deriva da Magna Carta da Inglaterra justamente em 1.215. Contudo, acrescenta que antes deste marco histórico oriundo da consagração do Júri em uma primária Legislação, já era notoriamente conhecido, conforme preceitua em sua obra:

Na Palestina, havia o *Tribunal dos Vinte e Três* nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Tais Cortes conheciam e julgavam processos criminais relacionados a crimes puníveis com a pena de morte. Os membros eram escolhidos dentre padres, levitas e principais chefes de famílias de Israel.

Na Grécia, desde o Século IV a.C, tinha-se conhecimento da existência do Júri. O denominado Tribunal de Heliastas era a jurisdição comum, reunindo-se em praça pública e composto de cidadãos representantes do povo. Em

Esparta, Éforos (juízes do povo) tinham atribuições semelhantes às dos Heliastas.

Em Roma durante a República, o Júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecidos por *quoestiones perpetuae*. Quando se tornaram definitivos, passaram a chamar-se de *quoestiones perpetuae*, por volta do ano de 155 a.C. (NUCCI, 2008, p. 41).

No entanto, como anteriormente justificado, mesmo que a instituição do Júri tenha suas raízes antigas, até mesmo tendo a expressão datada como “a.C”, como forma de exemplificar uma linha do tempo, a propagação deste instituto ocorreu em 1.215, justamente com a conceituação anteriormente citada, que ninguém será restringido da liberdade, senão em virtude do julgamento de seus pares.

Atualmente a instituição do júri é composta por um juiz presidente e vinte e cinco jurados, entretanto, somente sete serão sorteados para figurarem na função denominada como conselho de sentença. Este grupo de cidadãos comuns possui a função de afirmar ou não a existência de que determinada pessoa, na figura de acusada, de praticar ou não o crime objeto do julgamento.

No entanto, nem sempre fora assim, visto que até o marco histórico da Revolução Francesa somente os magistrados possuíam poder de decisão. E dessa forma, Nucci, explica que

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate às ideias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos. (NUCCI, 2008, p. 42).

Então, a partir deste momento em que o povo como sociedade iniciou sua participação de fato nos julgamentos atribuídos ao Tribunal do Júri, entendeu-se que este novo meio de julgamento formulado e caracterizado pela voz da sociedade era sinônimo de democracia e liberdade. A nova formulação do julgamento tinha como um ideal demonstrativo de que a justiça real somente viria das mãos e decisões do povo, alegando de forma direta que os juízes eram corruptos e não eram devidamente imparciais.

A forma de julgamento, as pessoas que devem julgar por funções oriundas do cargo que ocupam, bem como os ritos processuais deste instituto presente na história até os dias atuais, notoriamente mudaram. Contudo, conforme verifica-se pelo dinamismo social acerca da justiça e olhares sobre ela, a imagem que o povo como sociedade possuía do judiciário ainda permanece. As concepções e constatações

sobre a crença do judiciário corrupto mantém acesa mesmo que inconscientemente, a chama da Revolução Francesa nos indivíduos atuais.

Nesta concepção, Nucci elucida:

Relembramos que o Poder Judiciário não era independente, motivo pelo qual o julgamento do júri apresentava-se como justo e imparcial, porque produzido por pessoas do povo, sem a participação de magistrados considerados corruptos e vinculados aos interesses do soberano. (NUCCI, 2008, p. 44).

2.2 Origem no Direito Brasileiro

Embora o Júri no contexto mundial tenha divergência quanto ao seu marco inicial, o marco da instituição no Brasil possui seu primeiro registro em 1822. Contudo, cumpre salientar que a sua existência não pode ser considerada linear, pois é revestida de progressos e regressos, de conquistas e deméritos.

Inicialmente o Tribunal do Júri iniciou as consequências de sua instituição para julgar os crimes de imprensa, no sentido de julgar o abuso de liberdade por ela atacado. Nesse sentido, a instituição do tribunal do júri existe no ordenamento jurídico brasileiro há cerca de 200 anos. Instituto este que iniciado pelo decreto real do príncipe regente Dom Pedro I.

Como supracitado, a Instituição do Tribunal do Júri não iniciou julgando casos de crimes dolosos contra a vida no Brasil, mas sim, pelo julgamento de crimes de abuso de liberdade de imprensa. No entanto, conforme a aplicação do dinamismo social, as alterações quanto a aplicação, como e quais crimes seriam julgados pelo instituto foram alterados.

Neste contexto, enquanto em 1822 o júri julgava casos de abuso de liberdade de imprensa, em 1824, a supracitada instituição passou a julgar casos que permeavam o âmbito cível e criminal. As recorrentes mudanças também marcaram presença na Constituição de 1934, porém em 1937 foi excluído integralmente no texto constitucional, já em 1938 por causa do Decreto Lei 167, a instituição retornava aos poucos e fragmentada, visto que não havia mais a possibilidade de considerar como princípio a soberania dos votos, conforme a seguinte previsão:

Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apóio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso. (BRASIL, 1938).

Todavia, em 1946 a instituição do Tribunal que possui como a base a voz do povo, renasceu no texto constitucional com menção aos princípios dos tribunais, como: sigilo nas votações, plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, estipulando a partir deste momento que no Tribunal do Júri julgaria os crimes dolosos contra a vida obrigatoriamente. Conforme texto constitucional:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1946).

É notório que o texto do art. 141 caput e §28 da Constituição de 1946 é o que mais se assemelha a vigência da Constituição Federal de 1988, elencando em seu conteúdo os princípios basilares que regem o tribunal do júri que serão amplamente conceituados e exemplificados no capítulo seguinte.

O tribunal do júri esteve presente na Constituição de 1967, previsto com direitos e garantias fundamentais, ou seja, garantindo um julgamento justo perante o Estado acusador e elencando a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1967).

A Emenda Constitucional de 1969, trouxe em sua redação a instituição do Júri, fixando a competência para julgar os crimes dolosos contra vida.

Já em 1988, com a volta da democracia, o júri retornou ao cenário jurídico brasileiro, desta vez, com os mesmos princípios da instituição de 1946, introduzido no rol de direitos e garantias fundamentais.

2.3 Crimes Julgados Pelo Tribunal do Júri no Atual Ordenamento Penal Brasileiro

Como mencionado alhures o Tribunal do Júri é responsável por julgar os crimes dolosos contra a vida, isto significa que o referido Tribunal julga os atos delituosos

onde há finalidade de matar, é por este fator que os crimes culposos não são abrangidos e julgados pelo instituto.

Os crimes julgados pelo Júri são: homicídio, infanticídio, aborto, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Os crimes dolosos contra a vida estão elencados a partir do art. 121 do Código Penal, na parte Especial, Título I dos crimes contra a pessoa, Capítulo I dos crimes contra a vida.

2.3.1 Homicídio

O homicídio é o primeiro dos crimes contra a vida com previsão no art. 121 do Código Penal, este artigo foi elaborado com o intuito de proteger a vida extrauterina, ou seja, a vida fora do útero.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos. (BRASIL, 1940).

2.3.2 Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio ou a Automutilação

O crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação tem previsão no art. 122 do Código Penal. A pena prevista para aquele que “auxilia” alguém a tirar a própria vida é de 2 meses a 6 anos de reclusão caso haja de fato o resultado morte, neste caso, o suicídio. Se a tentativa de suicídio não ocasionar o resultado morte, mas sim, lesão corporal de natureza grave, a pena poderá ser de 1 a 3 anos de reclusão. Neste sentido, o Código Penal elucida:

Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 3º A pena é duplicada: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019) (BRASIL, 1940).

Contudo, é necessário esclarecer que os crimes de induzimento, instigações ou auxílio à automutilação, possuem como bem jurídico a integridade física ou corporal, fato que afasta a competência do Tribunal do Júri, eis que a referida instituição possui competência mínima para julgar os crimes contra o maior bem jurídico: a vida. Assim sendo, a competência para julgar o crime previsto no art. 122 do Código Penal é do juiz singular.

Neste sentido. Almir Santos Reis Junior, Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, elucida que:

Nessa perspectiva, o processo e julgamento do crime de instigação, induzimento ou auxílio à automutilação é do juiz singular. Isso porque, a competência do Tribunal do Júri atualmente, embora mínima, é para o processo e julgamento, unicamente, dos crimes dolosos contra a vida — tentados ou consumados — e aqueles que lhes sejam conexos. É genuíno que por meio da interpretação literal do artigo 74, parágrafo 1º, poder-se concluir ser a competência do Tribunal do Júri. Contudo, por ser norma de direito material (artigo 122, Código Penal) deve ser interpretada no bojo do artigo 5º, inciso XXXVIII, "d", da Carta da República, que estabelece a competência mínima do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Não se discute que a competência do júri é mínima e que, por isso, nada obsta que a norma infraconstitucional elasteça o rol de crimes de

sua competência. Contudo, não faria o legislador a modificação de competência por meio de norma de direito material, mas sim, de direito processual penal, ou seja, recorrería a reforma legislativa com intuito de dar nova redação ao parágrafo primeiro do artigo 74, do Código de Processo Penal, com objetivo de incluir novas figuras típicas.

Por outro lado, pode-se extrair nesse debate que houve absoluta ausência de técnica legislativa na composição das elementares desse tipo penal, pois o bem jurídico primário tutelado, referente a automutilação, jamais será a vida, porquanto compatibiliza com a tutela ao bem jurídico "integridade física". Ademais, ainda que o agente tenha o dolo de induzir alguém a se automutilar e por meio da execução dessa tarefa a vítima venha morrer (preterdoloso), o bem jurídico *primário* continuará sendo a integridade física e, *secundariamente*, a vida; fato que, *per sí*, afasta a competência do júri.

A pretensão do legislador em incluir a instigação, induzimento e auxílio à automutilação como crime, na legislação brasileira, deveria ter sido feita de forma adequada, observando a técnica legislativa, especialmente em um campo tão relevante como o direito penal, que prima pela legalidade, incluindo as elementares da automutilação no artigo 129, do Código Penal, por meio da inclusão de novo parágrafo nesse dispositivo ou, então, como delito autônomo (exemplo 129-A, Código Penal).

Aqueles que defendem ser de competência do júri, possivelmente o fazem por meio de interpretação literal dos artigos 74, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal e 122, do Código Penal. Entretanto, a melhor interpretação para excluir a competência do júri é a *sistemática*, que permite analisar a norma jurídica não apenas em sua singularidade, mas em sincronia com as demais normas que integram a ordem jurídica, com escopo de garantir a coerência e unidade do sistema.

Sob tais argumentos, pode-se concluir que a figura típica do crime de induzimento, instigação e/ou auxílio a automutilação, descrita no *caput*, do artigo 122, é de competência do Juizado Especial Criminal (artigo 61, da Lei 9.099/95), tendo esta, assim como a do júri, natureza constitucional, dada sua previsão no artigo 98, inciso I, da Carta da República. (REIS JUNIOR, 2022).

2.3.3 Infanticídio

O crime de infanticídio está previsto no art. 123 do Código Penal, tratando-se de homicídio qualificado. O referido termo significa etiológicamente a conduta de matar recém-nascido ou nos seus primeiros meses de vida.

Contudo, o Código Penal especifica essa conduta que seria ampla – matar recém-nascido – para matar o próprio filho, conforme inteligência da legislação penal:

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de dois a seis anos. (BRASIL, 1940).

2.3.4 Aborto

O aborto consiste na conduta de cessar a gravidez, ocasionando a morte do feto. Nucci, conceitua o aborto da seguinte maneira: “o conceito de aborto é a

interrupção da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”. (NUCCI, 2022, p. 690).

Neste sentido, o art. 124 do Código Penal elucida o crime de aborto da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos. (BRASIL, 1940).

O referido art. traz duas hipóteses de aborto criminoso, tanto o provocado pela gestante, ou seja, a mesma causa diretamente a morte do feto e a possibilidade do consentimento da provação ensejando a morte do feto, ou seja, a genitora aprova os meios utilizados com o fim de cessar a gestação.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

A terminologia “princípio” possui diversas fontes e conceitos. No entanto, para ilustrar sua fundamentação no presente caso, será utilizado o conceito oriundo de uma perspectiva de “início”, “ponto de partida” e até mesmo, fonte primária para posteriores extensões e desdobramentos. Imaginemos que uma linha de costura foi fortemente esticada entre o ponto “A” e o “B”, e por algum motivo um corte aconteça na ponta “A”, toda a rigidez e sustentação do cumprimento da linha deixará de existir, tornando a extensão desta linha frágil e inútil. Neste sentido, se de uma norma garantista ocorre o corte de seu princípio, a garantia de um direito também perderá sua rigidez, ou seja, o seu valor e utilidade.

Não há direito sem princípio, pois ele é a fonte do julgamento justo e é o que impede o julgamento de ser regido pela barbárie daqueles que analisam a concretude do ato e não a magnitude dos fatos que motivaram os acontecimentos que refletem a necessidade de imposição do Código Penal e Processual Penal.

Neste sentido, Nucci elucida que

o princípio constitucional há de ser respeitado como elemento irradiador, que imanta toda o ordenamento jurídico. Além disso, é fundamental considerar existirem os princípios concernentes a cada área do Direito em particular. Por isso, há os princípios processuais penais, que independem dos constitucionais. Eles produzem, na sua esfera de atuação, o mesmo efeito irradiador de ideias e perspectivas gerais a serem perseguidas pelo aplicador da norma processual penal.

Exemplificando, a norma tem o direito de arrolar, no máximo, cinco testemunhas para serem ouvidas em julgamento no plenário do Tribunal do Júri. No entanto, invocando o princípio constitucional da plenitude de defesa, pode a defesa arrolar mais testemunhas que o número legal previsto, e em detrimento da norma processual penal que estabeleceu esse limite, pode o magistrado ouvir outras pessoas. (NUCCI, 2022, p. 1).

3.1 Plenitude de Defesa

A Constituição Federal de 1988 elucida em seu art. 5º, inc. LVI que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Dessa forma, como princípio basilar, ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem ter acesso ao contraditório e ampla defesa, podendo utilizar por consequência de todas as provas e meios legais para garantir a própria liberdade, comprovar a inocência ou, ainda, “lutar” por uma pena justa, assim sendo, compatível com o crime cometido.

A Constituição Federal é contundente sobre o referido princípio quando traz em sua redação, especificamente, em seu art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “a” que irradia determinações sobre a Instituição do Júri no sentido de que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados “a plenitude de defesa”.

É necessário considerar que há no ordenamento jurídico o termo ampla defesa e plenitude de defesa. No entanto, mesmo que os referidos termos tenham determinada semelhança ou similaridade, não são.

A jurisprudência e a doutrina são claras ao mencionar a diferença que existe entre elas. Dessa forma, compreende-se que a ampla defesa é utilizada durante o processo criminal, utilizando-se de provas concretas, viabilizando a participação do acusado durante o processo. Neste sentido, o promotor de justiça, Dr. Márcio Godim do Nascimento, elucida que:

O princípio da ampla defesa é identificado pela autodefesa e defesa técnica aviada durante o processo criminal, possibilitando a ciência e participação do acusado durante o desenrolar do *jus puniendi*, seja por si próprio ou por intermédio de causídico, **usando, para tanto, todos os recursos jurídicos possíveis. (grifo nosso).** (NASCIMENTO, 2014).

A plenitude de defesa é mais específica do Tribunal do júri, sendo considerado um elemento essencial deste instituto. Neste diapasão, o promotor de justiça, Dr. Márcio Godim do Nascimento complementa que:

A plenitude de defesa, por seu turno, tem aplicação específica no procedimento especial do Tribunal do Júri, destinado ao julgamento dos crimes dolosos contra vida e conexos. Neste caso, o julgamento é tomado pelo Conselho de Sentença, ou seja, a apreciação da prova e argumentação trazida é considerada por juízes leigos. (grifo nosso)
Com efeito, no procedimento do júri não vigora o livre convencimento motivado nem a publicidade das decisões (art. 93, IX da CF), mas sim a íntima convicção e sigilo das votações, como reverses dos primeiros, assim sendo, por ilação lógica, **os jurados podem, ao julgar, levarem em conta argumentos metajurídicos ou, simplesmente, perdoar o réu. Daí a maior feição da plenitude de defesa, pois argumentos impossíveis de serem considerados pelo juiz togado (procedimento ordinário, v. g.) são avaliados e plausíveis de aplicação pelo juiz leigo. (grifo nosso).** (NASCIMENTO, 2014).

A diferenciação das terminologias ampla defesa e plenitude de defesa, não possuem a intenção de majorar ou minorar a importância de cada uma, tampouco hierarquizar os termos. Ambos os termos, na prática, buscam oprimir o cerceamento da defesa, instruir o processo com o maior número de provas possíveis, possibilitando uma maior e melhor defesa. No entanto, no Tribunal do Júri, é necessário que haja perfeição na defesa, oratória impecável para discriminar as situações que levaram

formação e início do procedimento, bem como aprimorar o vocabulário não no intuito de enriquecê-lo, mas sim, torná-lo de fácil compreensão para os jurados que são leigos.

Assim sendo, Nucci, em sua obra “Tribunal do Júri”, elucida que sobre a ampla defesa entende-se que é “amplo é algo vasto, largo copioso”, em contrapartida, a plenitude de defesa, em suas palavras é “completo, perfeito, absoluto”.

Neste diapasão, compreende-se que a defesa deve ser a necessária para amparar os direitos dos réus em geral. No entanto, aos julgados pelo Tribunal do júri, por se depararem com jurados na qualidade de juízes leigos, a defesa deverá valer-se da perfeição, bem como da plenitude. Não é incomum que a sociedade tenha como visão do tribunal do júri uma espécie de teatro, considerando que os defensores dos réus não limitam-se as provas concretas por meio de imagens, gravações, perícias, como no procedimento comum, mas sim, da oratória que transcende o seco do papel, para a emoção no timbre de voz, a indignação, os movimentos que visam transparecer sentimento, a gesticulação que demonstra irresignação, o comprometimento nas falas, como se ali, perante aos jurados leigos, juiz e promotor estivesse defendendo sua própria liberdade ou de um familiar que possui seu devoto amor, mas é “tão somente” um réu, desconhecido, mas que depende de sua competência para exercer o direito à liberdade previsto na Constituição Federal.

Deste mesmo modo, a fim de concluir sobre o princípio constitucional referente a plenitude de defesa e iniciar a compreensão acerca do também princípio constitucional sigilo das votações, é de suma importância destacar mais uma contribuição de Nucci para o tema em questão:

Os jurados simplesmente votam, condenando ou absolvendo, sem qualquer fundamentação. É parte do sigilo das votações, outro princípio constitucional da própria instituição do júri. Por tal motivo, deve-se buscar a defesa *plena* – a mais perfeita possível dentro das circunstâncias concretas. **Deslizes não serão admitidos.** (grifo nosso). (NUCCI, 2008, p. 26).

3.2 Sigilo das Votações

O sigilo das votações encontra previsão na Constituição Federal na inteligência do art. 5º, inc. XXXVIII, alínea (b), assim como no Código de Processo Penal, na Seção XIII, do questionário e sua votação, incluído pela Lei nº 11.689, de 2008, do art. 482 ao 491.

O Código de Processo Penal estabelece no art. 485, caput que caso não haja dúvida que necessite ser sanada “o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. (BRASIL, 1941)

Contudo, caso não haja sala especial, o juiz presidente irá determinar a retirada de todos saiam, ficando somente as pessoas referidas no art. anterior, conforme elucida o art. 485, §1º do Código de Processo Penal.

O sigilo nas votações é essencial, eis que a opressão sofrida pelos jurados leigos em caso de votações públicas traria como consequência uma possível imparcialidade ou, ainda, provocar medo nestes, ocasionando alteração no voto e posterior prejuízo ao julgamento. Mesmo com o sigilo das votações há casos de necessidade de adiamento de júri, pois os jurados são ameaçados pela família ou facção do réu.

Além de que, sem considerar os familiares ou grupos de criminosos que o réu pode pertencer, a mídia possui poder suficiente para proliferar as informações para a população, causando caos midiático e irresignação aos populares que por consequência de pensamentos e convicções alheios aos dos jurados tentarão interferir no resultado das votações por meio de xingamentos, ameaças e perseguições.

Há na doutrina divergências quanto a constitucionalidade da “sala secreta”, bem como o sigilo das votações, eis que a Constituição Federal, no art. 5º inc. LX, bem como o art. 93, inc. IX, garante, a publicidade dos atos. Contudo, cumpre destacar que a própria redação de ambos os arts. elucidam que há exceção quanto a publicidade em casos de preservação do direito a intimidade do interessado, bem como quando os interesses sociais ou públicos estiverem em questão.

Além de que o julgamento é sigiloso mas não é secreto, eis que acompanhado pela acusação e seus assistentes, pelo defensor ou defensores do réu, bem como seus assistentes e funcionários autorizados do judiciário e, também, com condução do Juiz presidente.

É notória a eficiência da sala especial para o devido andamento do processo, bem como a decisão que de lá tomará forma, sendo favorável ou não ao réu, eis que ali, com tantas autoridades que conhecem o rito processual a ser seguido, a comunicação do juiz para com os jurados, a ausência de populares que possam

interferir no livre entendimento dos jurados, a possibilidade de os jurados se sentirem protegidos por possuírem conhecimento de que seus votos não serão publicados com a respectiva identificação, a fim de não causar perseguições posteriores a eles e aos seus familiares. As vantagens são muitas, eis que mais uma vez há a proteção da vida e imagem dos jurados leigos ao terem que “apenas” colocarem na urna uma cédula individual com opção de “sim” ou “não” que representa sua convicção e vontade com base unicamente em sua moralidade para condenar ou não o réu.

Neste sentido, Nucci, na obra “Tribunal do Júri” elucida que:

Em primeiro lugar, deve-se salientar ser do mais alto interesse público que os jurados sejam livres e isentos para proferir seu veredicto. Não se pode imaginar um julgamento tranquilo, longe de qualquer pressão, feito à vista do público, no plenário do júri. Note-se que as pessoas presentes costumam manifestar-se durante a sessão, ao menor sinal de um argumento mais incisivo feito pela acusação ou pela defesa. Ainda que o juiz exerça o poder de polícia na sala e possa determinar a retirada de alguém espalhafatoso de plenário, é certo que, durante a votação, essa interferência teria consequências desastrosas. Imagine-se um julgamento perdurando por vários dias, com todos os jurados exaustos e a votação final sendo realizada à vista do público em plenário. Se uma pessoa, não contente com o rumo tomado pela votação, levantar-se e ameaçar o Conselho de Sentença, poderá influir seriamente na imparcialidade do júri, ainda que seja retirada – e até presa – por ordem do juiz presidente. Anular-se-ia um julgamento tão custoso para todos, por conta dessa invasão no convencimento dos juízes leigos? Justamente porque os jurados não detêm as mesmas garantias – nem mesmo preparo – da magistratura togada, **pensou o legislador com sapiência, na sala especial. (grifo nosso)** (NUCCI, 2022, p. 9).

3.3 Soberania dos Veredictos

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXVIII, alínea “c” elucida que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados a soberania dos veredictos”. (BRASIL, 1988).

A soberania dos veredictos, conforme a referida constituição deveria, ao menos, ser absoluta. Ou seja, ser do povo a decisão quanto a culpabilidade do acusado ou a não culpabilidade, considerando a decisão como última palavra e incontestável, só assim a partir desta decisão, o magistrado realizaria a somatória das penas.

No entanto, de forma recorrente, os magistrados não estão baseando a possível condenação na vontade dos jurados, que são levados a tomarem a decisão tão somente embasados na própria visão de moralidade, princípios e consciência. Dito isso, Nucci aduz que “Muitos tribunais togados não se têm vergado, facilmente, à

decisão tomada pelos Conselhos de Sentença”. (NUCCI, 2022, p. 12). Baseando as decisões com base “tão somente” nas jurisprudências do tribunal, ou seja, da Corte a quem serve.

Para os jurados proferirem uma decisão, como citado alhures, com base em sua moralidade, princípios e consciência, não é exigido que estes tenham conhecimento jurídico, muitos menos que estejam a par da mais atualizada jurisprudência do Tribunal. Na realidade, os jurados são convocados para integrarem o Conselho de Sentença justamente para exercerem o papel de uma justiça participativa e integradora adotando os “juízes leigos”. Afinal, o conhecimento técnico terá que ser exercido pela máquina judiciária composta pelo magistrado, advogados e Ministério Público, que possuem ou pelo menos deveriam possuir, notório saber jurídico.

Os jurados realizam um juramento no qual devem de acordo com a própria consciência e não com base na lei. Este juramento encontra previsão no art. 472 do Código de Processo Penal:

Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação.
Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.
Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:
Assim o prometo.
Parágrafo único. O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. (BRASIL, 1941).

Em hipótese alguma o magistrado poderá invalidar o veredicto com base no mérito da decisão, se conforme o seu entendimento os jurados tenham proferido decisão que não lhe agrade. Caso haja erro judiciário, processual, ou qualquer outra falha que não possua vínculo quanto a decisão do “povo”, poderá remeter o processo em questão a um novo julgamento pelo Tribunal popular.

Considerando que há possibilidade da incidência de erros no Tribunal do júri, há também, maneiras de proceder diante desta situação sem invalidar a soberania dos veredictos, assim Nucci exemplifica as possibilidades e consequências da seguinte maneira:

E se o júri errou? Vamos a algumas hipóteses: a) “errou” ao avaliar, à sua maneira, as provas exibidas em plenário pelas partes? No máximo, valendo-se do duplo grau de jurisdição, ocorrerá apelação e, provida esta, outro Conselho de Sentença promoverá a devida revisão do julgado anterior; b) “errou” porque de não lhe foram oferecidas todas as provas, logo, existe *prova*

inedita, o que tornaria indispensável outro julgamento? Basta que o Tribunal, em apelação ou revisão criminal, remeta o caso a novo júri. O grande desvio, comum atualmente, é, no contexto da revisão criminal, ingressar-se no mérito, desprezar-se a decisão soberana do povo, absolvendo-se o réu. São variados os argumentos para que tal se dê. (NUCCI, 2022, p. 12).

Neste diapasão, verifica-se que a única forma de alterar o julgamento e a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é justamente remeter o julgamento a um novo Conselho de Sentença, ou seja, um novo julgamento no Tribunal do Júri que será composto de 7 jurados leigos sorteados de 25 indicados. A soberania não pode ser invalidada que só acontecerá por motivos específicos e não quando o magistrado, acusação ou defesa quiserem, afinal o princípio da soberania dos veredictos é um princípio constitucional do júri e desta maneira deve ser tratado.

Dessa forma, o Conselho de Sentença formado por juízes leigos é a ferramenta utilizada pelo judiciário para o exercício da cidadania, a fim de respeitar a democracia que possui como resultado etimológico *demo = povo e kracia* (origem grega), governo. Assim, o Tribunal do júri é “governado” pelo povo e sua manifestação e decisão é absoluta. As jurisprudências são claras ao mencionar isso nos recursos interpostos contra a decisão que condenou ou não o réu:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, Art. 121, §2º, I, CP. Conselho de sentença que entendeu que o apelante praticou o homicídio. **Mérito. Decisão do Conselho de sentença que não se revela manifestamente contrária à prova dos autos.** Prova oral e documental que aponta para a materialidade do crime, a autoria do réu, o animus necandi e a motivação torpe. **Soberania dos veredictos.** Sentença mantida. **Recurso desprovido.** (grifo nosso). (SÃO PAULO, 2023a).

Apelação. Tribunal do Júri. Sentença que condenou o acusado pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado. 1. **Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não configuração.** A decisão a que alude o artigo 593, III, "d", do Código de Processo Penal é somente aquela sem qualquer amparo no quadro probatório, **diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos (artigo 5º, XXXVIII, "d", da CF).** 2. **Sanção que não comporta alteração. Recurso improvido.** (grifo nosso). (SÃO PAULO, 2023b).

3.4 Competência Para o Julgamento de Crimes Dolosos Contra a Vida

A competência mínima para o julgamento de crimes dolosos contra a vida encontra previsão na Constituição Federal na inteligência do art. 5º, inc. XXXVIII, alínea (d).

Há correntes doutrinárias e posições argumentativas que entendem que o júri possui competência fixa para julgar os crimes dolosos contra a vida, inexistindo a

possibilidade da instituição ser legítima para julgar os crimes conexos, como estupro, porte de armas sem o registro e autorização, mas essa corrente não encontra fundamento nem na Constituição Federal e nem mesmo nas leis infraconstitucionais, como o Código de Penal e Código de Processo Penal, pelo contrário, o texto constitucional, diz que o tribunal do júri é competente para julgar os crimes dolosos contra a vida, e em momento algum leciona em sua redação que **somente** terá competência para julgar estes crimes.

Eis que dentro do ordenamento jurídico brasileiro é claro que o júri é competente para julgar os crimes conexos que são crimes que possuem relação um com o outro, possuindo causa e consequência conexas.

Por exemplo: O indivíduo X comete crime de estupro contra o indivíduo Y, o estupro por si só, não deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri. No entanto, se durante o crime, o indivíduo matar a vítima ou tentar matá-la, (consumado ou tentado), tanto o crime de estupro como de tentativa de homicídio ou homicídio serão julgados pelo tribunal do júri, eis que os crimes são conexos entre si, o homicídio ocorreu para a realização do estupro ou o homicídio ocorreu para a ocultação do crime de estupro.

Neste sentido, Nucci (2022, p. 667) eleva 3 hipóteses de conexão, sendo elas: consequencial que é em suas palavras “a prática de um crime para assegurar a ocultação, a impunidade, ou a vantagem de outro”, a conexão teleológica que é a “utilização de um crime como meio para garantir a execução de outro” e por último, a conexão ocasional que é “a prática de um crime no mesmo cenário em que se comete outro”

No mais, os arts. 76, 77 e 78 do Código de Processo Penal elucidam exatamente sobre as questões que norteiam a competência por conexão, existente no Capítulo V do referido código.

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;

II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
 I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; (BRASIL, 1941).

3.5 Princípio da Presunção de Inocência

Os princípios anteriormente citados são específicos do Tribunal do Júri. Mas há um de suma importância no ordenamento penal brasileiro que irradia sua importância e seus efeitos tanto para os crimes com procedimento comum como também ao júri, esse princípio é o da presunção de inocência ou também denominado como princípio da não culpabilidade. Este princípio significa que o réu não poderá ser considerado culpado antes que todas as possibilidades recursais sejam esgotadas. Dessa forma, o acusado de determinado crime, só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado do devido processo legal.

A título de exemplificação, a súmula 444 do STJ aduz que é “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações em curso para agravar a pena base”. Eis que, enquanto não houver trânsito em julgado da ação, presume-se a sua inocência. (BRASIL, 2010).

O princípio da presunção de inocência está consolidado na Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 [...]
 LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

A presunção de inocência tem como ponto inicial o Direito Romano, mas como a maioria das garantias fundamentais o referido princípio foi atacado por diversas vezes ao longo da história, e mais uma vez, mesmo presente na Constituição Federal de 1988 possui grandes chances de cair nas mãos de um judiciário punitivista causando a diminuição de sua eficácia dentro dos direitos fundamentais dos acusados, eis que o tema sobre a (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena encontra-se está em pauta pelo STF e possui até o momento maioria para considerar a execução antecipada constitucional.

Na inquisição da Idade Média caso houvesse qualquer resquício de dúvida sobre a incidência do ato delitivo, ou se de fato foi aquele indivíduo que o cometeu, a

mera dúvida era o suficiente caracterizar a pré-prova ou semiprova. Ou seja, a dúvida colocava o indivíduo a beira da penalidade. Há época, um simples boato ou fofocas no âmbito social de um vilarejo, era semiprova. A ausência de fundamentação era semiprova.

No entanto, após inúmeras injustiças cometidas pelos judiciários no decorrer dos anos e no mundo que baseavam as decisões e puniam indivíduos com base na dúvida que concretizavam semiprovas, a presunção de inocência foi consagrada na Declaração de Direitos do Homem em 1789.

A referida declaração foi um avanço quanto as garantias fundamentais da pessoa humana, que deveria ser implementada por todas as nações em seus julgamentos, para o referido tema, o art. 9º é primordial, pois é nele que se encontra a presunção de inocência:

Artigo 9º Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Artigo 11º 1. **Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.** 2. Ninguém será condenado por ações ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o ato delituoso foi cometido. (grifo nosso) (DECLARAÇÃO..., [s.d]).

Contudo, como a própria Constituição sofreu grandes e relevantes alterações em decorrência do dinamismo social, o princípio da presunção de inocência também foi atingido. Mesmo após a consagração da declaração dos Direitos dos Homens, no fim do século XIX e ainda, no início do século XX, a presunção de inocência voltou a instabilidade devido ao regime fascista e totalitário que entendiam que a presunção de inocência mais soava como aberração do empirismo francês, além de entenderem como excesso de direitos e garantias. Assim, as atitudes fascistas e autoritárias narraram a vida de milhares de indivíduos que não puderam exercer de suas garantias fundamentais, tornando o direito instável e injusto com as prerrogativas da declaração dos Direitos dos Homens que nos dias atuais são denominados com garantias fundamentais em um estado democrático de direito, ou se não é, conforme a Constituição Federal, deveria ser.

Assim, em tese o agente só poderia começar a cumprir a sua pena depois de esgotados os recursos cabíveis: 1ª instância, 2ª instância (TJ/TRF), STJ e STF.

Em 17/02/2016 o STF decidiu por maioria que o acusado poderia iniciar o cumprimento de sua pena após a prolação de acórdão condenatório, ou seja, confirmada a condenação do agente em 2ª instância, poderia se dar início a execução de sua pena, ainda que não esgotadas todas as possibilidades recursais.

Os defensores da execução antecipada da pena asseveram que após a condenação em segunda instância, o réu não poderá mais discutir matéria de fato em grau de recurso, de modo que apenas poderá insurgir-se contra a matéria de direito. Portanto, ao STF, não caberá analisar a existência de indícios de autoria no âmbito de um recurso extraordinário. Busca-se dessa maneira, evitar a imunidade do infrator, já que o processo poderá se arrastar por anos nos Tribunais Superiores.

No entanto, em 07/11/2019, a compreensão da matéria mudou, em votação apertada o plenário do STF decidiu não ser mais possível o início da execução provisória da pena, ainda que a condenação fosse confirmada em 2ª instância. Assim, atualmente não é possível a execução antecipada da pena, cuja ação não tenha transitado em julgado, conseqüentemente aqueles que se encontravam presos em razão da decisão proferida em 2016, puderam pleitear a sua liberdade.

Neste sentido, as jurisprudências dos Tribunais, seguem o entendimento de que a execução provisória da pena fere a presunção de inocência:

HABEAS CORPUS. PRISÃO DECORRENTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 312 DO CPP. CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PREVALÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão que determinou a prisão do paciente, que respondeu ao processo em liberdade, não analisou a presença das hipóteses de prisão preventiva, ademais, a sentença do Tribunal do Júri é recorrível, sendo vedado o cumprimento antecipado da reprimenda, em atenção ao princípio da presunção de inocência, prevalente em relação ao princípio da soberania dos veredictos do Júri. 2. Ordem concedida para deferir o direito de apelar em liberdade ao paciente. (SÃO PAULO, 2023c).

O Superior Tribunal de Justiça, possui como entendimento predominante na Quinta e na Sexta Turmas a inadmissão da execução imediata de condenação no Tribunal do Júri, com a mesma fundamentação de violação ao princípio da presunção de inocência.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. PENA SUPERIOR A QUINZE ANOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Ainda que o art. 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal seja posterior às ADCs. n. 43, 44 e 54 do STF, o entendimento predominante desta Corte Superior, já consolidado no âmbito de ambas as Turmas da Terceira

Seção, segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução imediata de condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.

2. Questão que teve a repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 1.235.340/SC (Tema 1068), porém, ainda sem definição, razão pela qual privilegia-se a orientação firmada por este Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2023a).

HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO DECORRÊNCIA AUTOMÁTICA DA CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PENA SUPERIOR A 15 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DOMINANTE NA QUINTA E SEXTA TURMAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RÉU QUE ESTAVA EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O DECRETO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Em relação à matéria em discussão, ainda que o art. 492, I, e, do CPP seja posterior às ADCs n. 43, n. 44 e n. 54 do STF, o entendimento predominante na Quinta e Sexta Turmas desta Corte segue a diretriz jurisprudencial de que não se admite a execução imediata de condenação pelo Tribunal do Júri, sob pena de afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes (RHC n. 167.291/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 22/8/2022).

2. Paciente que foi posto em liberdade, não tendo sido apresentado nenhum fundamento concreto ou fato contemporâneo que pudesse justificar o encarceramento após o julgamento pelo Júri.

3. Conquanto tenha sido mencionado pelo Juízo a quo que o Parquet formulou suas razões em Plenário, pugnando, ao final, pela condenação e adoção de providências cautelares, essa particularidade não está consignada na ata do julgamento.

4. Ordem concedida para revogar a prisão do paciente até o trânsito em julgado do processo principal. Não têm mais efeito as medidas cautelares impostas na decisão de tutela antecipada de fls. 1.657/1.659. (BRASIL, 2023b).

3.6 O Conflito Aparente Entre o Princípio da Presunção de Inocência e o Princípio da Soberania dos Veredictos

A problemática do tema sobre a (in) constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri é motivada pelo conflito entre a presunção de inocência e soberania dos veredictos.

O STF decidiu ser inconstitucional a prisão após a decisão de segundo grau pois nesta instância ainda é possível a interposição de recursos, conseqüentemente, entende-se que também não possível a execução antecipada da pena no tribunal do júri, eis que o júri é uma instituição da primeira instância.

Em contrapartida, o Ministro Roberto Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário n° 1.235.34 com origem em Santa Catarina, disciplina que é

constitucional a execução antecipada da pena no tribunal do júri, eis que o princípio da soberania dos veredictos atua como agente autorizador neste caso, sobressaindo-se ao princípio da presunção de inocência, que para ele, não pode ser tratado como regra.

Elucida, que quanto a matéria de fato, o Tribunal Superior não poderá alterar o julgamento substituindo a vontade do Conselho de Sentença, eis que a decisão do Tribunal do Júri é protegida por sua soberania.

Em síntese: O Tribunal de segundo grau, no tocante à autoria e à materialidade delitiva, jamais poderá substituir a vontade popular manifestada pelos jurados, mas apenas determinar, nas excepcionais hipóteses legalmente previstas, quando for o caso, a realização de um novo julgamento por uma única vez. (BRASIL, 2019a).

No mesmo voto, o Min. Barroso, complementa a fundamentação da preponderância da soberania dos veredictos nos crimes julgados no Tribunal do Júri, elucidando que “não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução imediata da condenação pelo tribunal do júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso.” (BRASIL, 2019a).

O Min. Barroso, além de fundamentar em questões técnicas, também eleva a questão sentimental e incredulidade da sociedade sobre a credibilidade do Poder Judiciário ao discorrer quanto a este ponto da seguinte maneira:

Viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima. Essa situação se agrava pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso. (BRASIL, 2019a).

No entanto, quando o Min. Barroso, aduz que “o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima”. Entende-se que há cerceamento do significado do art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, que elucida que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Ou seja, se não há culpado até a sentença penal condenatória, não há possibilidade de intitular o acusado de “homicida”, eis que mesmo após a decisão do Conselho de Sentença que atribui ao agente a legitimidade quanto a prática do ato delituoso, ainda é apenas um “acusado”.

Na continuidade de seu voto, o Min. Barroso, apresenta argumentos sobre a presunção de inocência, no sentido de “pesos”, eis que alega que:

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.** (BRASIL, 2019a).

Nesse sentido, o Min. Barroso, compreende que a soberania do júri prevalece sobre a presunção de inocência.

Em contrapartida, Dr. André Nicolitt, Juiz de Direito, ao fundamentar sobre a temática e se contrapor ao voto do Min. Barroso, elucida que a soberania dos veredictos nada tem a ver com o *quantum* de pena imposta, mas sim, tão somente sobre a decisão do fato:

O tribunal do júri é marcado pela plenitude de defesa e pela íntima convicção dos jurados leigos, pelo julgamento do réu por seus iguais e pela soberania da decisão. A soberania refere-se à decisão sobre o fato, até porque a decisão sobre a pena é do juiz-presidente e pode, inclusive, ser reformada pelo tribunal. Assim, a soberania em nada se refere à pena, à prisão cautelar ou ao início da execução.

Por sua vez, a presunção de inocência também está prevista no artigo 5º da CRF/88, no inciso LVII, com a redação de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Além de fixar o ônus da prova para acusação e proclamando o *in dubio pro reo*, serve como limitação teleológica à aplicação das prisões cautelares vedando a antecipação da pena.

Assim estamos diante de dois direitos fundamentais: presunção de inocência e soberania dos veredictos. São eles frutos do pensamento liberal do século XVIII. Tratava-se de um catálogo de limites que visava à proteção do indivíduo diante do Estado, isto é, um leque de limites ao exercício do poder.

Essa noção é essencial para qualquer atividade interpretativa e de aplicação dos direitos fundamentais e, ao que nos parece, foi olvidado no julgamento do HC 118.770 do STF, em dois dos votos até então prolatados no RE 1235340, passando longe do pacto “anticrime”.

A soberania dos veredictos e a presunção de inocência, como direitos fundamentais que protegem o indivíduo, não podem agigantar o Estado em detrimento do homem.

Parece-nos verdadeiro que é inevitável reconhecer a importância da ponderação. Mesmo Ferrajoli, que possui posição crítica ao tema, destaca que há espaços de incidência da ponderação judicial atinentes à interpretação jurídica, espaços estes que se tornam mais amplos quando estamos diante de princípios. Contudo, a crítica que se faz refere-se à excessiva ampliação da ponderação judicial que transforma a ponderação em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chega mesmo a esvaziar e tornar inaplicáveis as normas constitucionais. (NICOLITT, 2020).

No mesmo sentido, o Min. Gilmar Mendes votou pela inconstitucionalidade na ação declaratória de Constitucionalidade 43 do Distrito Federal, aduzindo e seguindo a linha jurídica doutrinária de que **“Na doutrina, afirma-se que a presunção de**

inocência não é mais um princípio do processo, é o processo” (grifo nosso) (BRASIL, 2019b).

As ponderações que formulam o voto do Min. Gilmar Mendes apontam erros na própria elaboração do Código de Processo Penal, eis que expõe que “O CPP foi estruturado a partir de uma lógica de antecipação da culpabilidade”.

No texto constitucional, a presunção de inocência destaca-se entre os direitos fundamentais elencados no rol do art. 5º da Constituição Federal. O inciso LVII determina: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O debate acerca da compatibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade com o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da CF, deu azo a distintas interpretações por parte desta Corte nas últimas décadas.

O núcleo essencial desse princípio impõe o ônus da prova do crime e de sua autoria à acusação. Sob esse aspecto, não há maiores dúvidas de que estamos falando de um direito fundamental processual, de âmbito negativo. Para além disso, a garantia impede, de forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença.

Não obstante, a definição do que vem a ser tratar-se o réu como culpado depende, em certa medida, de intermediação do legislador.

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que significa considerar alguém culpado.

A mim parece que a evolução jurisprudencial do Supremo nas últimas décadas, antes e depois da promulgação da Constituição de 1988, precisa ser decifrada como um verdadeiro processo de aprendizado e – eu diria – até mesmo de um experimentalismo institucional em torno dessa matéria.

As sucessivas alterações legislativas no CPP de 1941 mostram que os diferentes regimes vigentes ora atenuavam, ora reforçavam a excepcionalidade da segregação cautelar antes do trânsito em julgado. O CPP foi estruturado a partir de uma lógica de antecipação da culpabilidade, de modo que a fundamentação das prisões provisórias se dava muito mais pela incidência direta da hipótese normativa do que pela avaliação da discricionariedade e da proporcionalidade da medida por parte do aplicador do Direito.

Em sua acepção original, o art. 312 do CPP estabelecia a prisão preventiva obrigatória para os crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos, bastando para tanto a prova da existência do crime e indícios suficientes de materialidade. (BRASIL, 2019b).

Ao pontuar em seu voto todas as alterações de entendimentos quando a (in) constitucionalidade da execução antecipada da pena que ocorreram ao longo dos anos pela Corte, o Min. Mendes, lembrou seu mesmo posicionamento no julgamento sobre o tema que ocorreu em 2009 quanto ao Habeas Corpus nº 84.078, momento em que deferiu a ordem do referido HC, por entender que a prisão se daria em contexto de ofensa a presunção de inocência:

Em 5.2.2009, no julgamento do HC 84.078, o Plenário desta Corte assentou a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena diante do disposto no art. 5º, LVII, da CF. No voto de minha lavra, no mencionado precedente, registrei que incompatível com o ordenamento jurídico seria justamente a

execução da pena antes do trânsito em julgado fora das hipóteses de cabimento da prisão preventiva. Transcrevo nesse sentido excerto a parte dispositiva do meu voto:

“A ordem de prisão antes de atingido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sem expressa e fundamentada indicação dos requisitos e fundamentos da prisão preventiva, segundo trata o art. 312 do Código de Processo Penal, ofende diretamente o princípio de presunção de não-culpabilidade de que trata o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, defiro a ordem de habeas corpus”. Desde esse primeiro paradigma, portanto, ficou assentada 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.

Desde esse primeiro paradigma, portanto, ficou assentada 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. 11 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. (BRASIL, 2019b).

No entanto, o Min. Gilmar Mendes, elucida em seu voto que quando o STF enfrentou mais uma vez o tema em 2016, deliberou no sentido de modificar sua decisão de 2009 sobre a matéria. Justifica a mudança ocorrida em seu voto de 2016, eis que “consignei uma racionalidade que reputaria no futuro totalmente superada a noção de que o cometimento de abusos nas decisões condenatórias seria exceção e não a regra, no sistema processual penal brasileiro.” (BRASIL, 2019b).

Como se sabe, o entendimento do Tribunal sobre o tema foi corroborado ainda em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, e no julgamento do HC 126.292/SP.

Em 5.10.2016, esse mesmo posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares no âmbito das presentes Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Ressalto, a propósito, que o fato de o Tribunal ter optado por apreciar apenas o preenchimento dos requisitos autorizativos da medida cautelar nas ações ora em julgamento é circunstância que, em si, denota a possibilidade de mudança quando da apreciação do mérito nesta assentada. Já no ano de 2017, ainda no primeiro semestre, depois da decisão do Plenário na apreciação das liminares nesta ADC, comecei a demonstrar minhas primeiras reticências com a práxis que passou a se desenvolver no país em matéria de prisões provisórias seguidas de autorização da execução da pena após o julgamento em segunda instância.

Falei várias vezes que nós tínhamos um encontro marcado com as prisões alongadas de Curitiba. E as prisões provisórias de Curitiba se transformaram em sentenças definitivas e em decisões definitivas de segundo grau. A regra era prisão provisória de caráter permanente.

No julgamento do HC 142.173/SP (de minha relatoria, sessão da Segunda Turma de 23.5.2017), manifestei minha tendência em rediscutir a questão, animando-me a acompanhar a posição do Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Nesse caso, deparamo-nos com uma situação de prisão provisória de um réu condenado em primeira instância pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico. Assim como ocorre com diversos outros processos examinados na

Segunda Turma, verificou-se na hipótese que a decisão que decretara a prisão preventiva fundamentava-se apenas na gravidade in abstracto dos delitos. “Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação. 3. Paciente que respondeu solto a quase toda a instrução criminal. 4. Sentença condenatória. Segregação cautelar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime. 5. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP”. (HC 142.173, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 23.5.2017, DJe 6.6.2017).

Ainda que nesse caso concreto não houvesse condenação em segunda instância quando da apreciação do HC, em meu voto, registrei desde logo minha inquietação com o mau uso que as instâncias ordinárias vinham fazendo da prisão provisória após a decisão do STF de 2016 que autorizara a execução da pena antes do trânsito em julgado.

Na ocasião, ao criticar o alongamento desmedido das prisões provisórias, adverti o seguinte:

“Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema. Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória”.

Em 5.8.2017, mais uma vez no âmbito da Segunda Turma, reafirmei minha evolução de entendimento sobre o tema, no julgamento do Habeas Corpus 136.720. Naquele caso, destaquei novamente um quadro reiterado de prisões provisórias alongadas que já estava a subverter em sua inteireza a conformação do princípio da presunção de inocência:

“A mudança da jurisprudência que nós realizamos - de fato, tem razão os críticos, pois foi num curto espaço de tempo -, porque não vamos também nos vergastar por isso, porquanto estamos, de alguma forma, fazendo, Ministro Celso, aquilo que o célebre e justamente famoso professor Mangabeira Unger chama de experimentalismo institucional.

Nós estamos fazendo isso, no âmbito da jurisprudência, e verificando quais são, de fato, os resultados. Veja que, estranhamente, ao invés de começarmos a encorajar a prisão a partir do segundo grau, na verdade, passamos a encorajar as prisões alongadas. Na realidade, passamos a já não ter mais as decisões de segundo grau para justificar a execução, mas um tipo de execução antecipada, por fundamentos dos mais diversos, porém, aí, cantado em prosa e versos, a partir do primeiro grau. Portanto, nós temos que ser leitores de estrela”.

Assim, fica claro que a minha mudança de posicionamento, já em 2017, ancorava-se em um diagnóstico de verdadeira mudança nas relações fáticas e jurídicas subjacentes ao tema da execução provisória da pena.

De forma cristalina, afirmo que o fator fundamental a definir essa minha mudança de orientação foi o próprio desvirtuamento que as instâncias ordinárias passaram a perpetrar em relação à decisão do STF em 2016.

O que o STF decidiu em 2016 era que: dar-se-ia condição para se executar a decisão a partir do julgado de segundo grau. Ou seja, decidiu-se que a execução da pena após a condenação em segunda instância seria possível, mas necessariamente imperativa.

De fato, na própria ementa assentada no referido precedente, HC 126.292, consignou-se que a execução provisória da pena seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU

DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado”.

Todavia, a realidade é que, após o julgamento de 2016, os Tribunais brasileiros passaram a compreender essa possibilidade como um imperativo. Entendeu-se, equivocadamente, que estávamos determinando a prisão em segundo grau sem nenhuma avaliação acerca da eventual controvérsia, da possibilidade de recurso, da observância inclusive da jurisprudência de tribunais superiores e ainda quanto à possibilidade de a decisão de segundo grau estar em contradição com entendimento do STJ ou do Supremo em determinadas matérias. Talvez o maior ícone desse desvirtuamento nas instâncias ordinárias tenha sido a edição da Súmula 122 do TRF-4, com o seguinte teor: “encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”. Tal entendimento sumular foi firmado pelo TRF-4 em 14.12.2016 e sagrou-se como um mantra da execução provisória imediata da pena, ao largo de qualquer fundamentação da segregação. Posteriormente, em 4.4.2018, o Plenário julgou o HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), que tinha como paciente o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, quando novamente me manifestei no sentido de que o julgamento pelo STJ seria a opção que confere maior segurança à execução provisória da pena. Isso porque, como anteriormente citado, o STJ pode corrigir questões relativas à tipicidade, à antijuridicidade ou à culpabilidade do agente, alcançando inclusive a dosimetria da pena. Esse novo marco, com o fim da prisão automática no segundo grau, consubstancia apenas um ajustamento do momento inicial para a execução da pena, mais consentâneo com o nosso ordenamento jurídico e com a nossa realidade. Ainda no julgamento do HC 152.752/PR (DJe 27.6.2018), destaquei que, fora desse referido marco, existiriam três possibilidades de antecipação da execução da pena, desde que devidamente motivadas em cada caso concreto, quais sejam: (i) A possibilidade de antecipação da execução da pena ocorreria com o trânsito em julgado progressivo da sentença condenatória; (ii) A possibilidade de antecipação da execução da pena, na mesma linha do trânsito em julgado progressivo, decorrente agora da precipitação em habeas corpus (denegado) do exame pelo STJ ou pelo STF de questões iguais ou mais abrangentes que aquelas perfiladas nos recursos extraordinários (especial e extraordinário) e (iii) Em crimes graves, a possibilidade de cabimento da antecipação da execução da pena para garantia da ordem pública ou aplicação da lei penal. Esse tem sido o posicionamento adotado por mim em decisões monocráticas, determinando que se aguarde uma decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça para que se autorize a execução provisória da pena, salvo as três exceções acima elencadas. (BRASIL, 2019b).

Torna-se evidente, que o Min. Gilmar Mendes, apenas votou pela constitucionalidade da execução em 2ª instância, com base em um pensamento positivo sobre um judiciário não punitivista, eis que elucida que ao votar pela constitucionalidade, apenas concedeu uma possibilidade para os Tribunais Ordinários para julgar caso por caso e não um comando deliberativo para prender toda e qualquer pessoa independentemente da situação em que se encontrava. Dito isso, após deparar-se com as prisões de deliberadas, voltou atrás de seu voto concedido em

2016 para votar em 2019 pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, frente aos abusos cometidos nas instâncias inferiores após a decisão do STF sobre a constitucionalidade.

Ademais, acrescenta em sua fundamentação que o Supremo Tribunal Federal, bem como o Superior Tribunal de Justiça, adotando medidas ao longo dos anos para resguardar as garantias constitucionais individuais daqueles que integram a sociedade:

Na apreciação do mérito desta ADC, contudo, imponho-me novamente um exercício de reflexão de aderência à realidade institucional que nos cerca. Os desdobramentos das nossas decisões anteriores nos últimos anos parecem afastar em definitivo a ideia de que o julgamento de RE e REsp não são determinantes para a formação da culpa. Ainda que os recursos de natureza extraordinária (como o REExt e o REsp) não possibilitem um reexame amplo da matéria fática assentada pelas instâncias inferiores, não há dúvidas de que o STJ e o STF têm atuado ativamente para a proteção efetiva de direitos fundamentais, desempenhando, assim, um papel proeminente no sistema jurídico. Levantamento publicado pelo Jornal Folha de São Paulo em 17.10.2019 diagnosticou que, de todos os REsp e AResp criminais analisados pelo STJ entre 2009 e 2019, o percentual de provimento dos recursos foi de 37%. Ou seja, em cada 3 (três) decisões de segunda instância questionadas no STJ, pelo menos 1 (uma) é revista. Outra interessante pesquisa realizada pela Folha de São Paulo apontou o tempo médio de tramitação dos Recursos Especiais no STJ e dos Recursos Extraordinários no STF em matéria criminal, também no período de 2009 a 2019. O levantamento indicou que, no STJ, 63% dos recursos levaram até um ano para transitar em julgado, a contar da data em que o caso chegou ao tribunal. Já no STF, em 77% dos casos, o Tribunal analisou os recursos criminais em menos de um ano.

Mesmo significativas, essas conclusões sobre a efetividade revisional das vias de RE e REsp são ainda subdimensionadas diante do amplo cabimento do Habeas Corpus no nosso sistema processual. Esse remédio é muitas vezes utilizado em complementação ou em substituição às demais classes recursais, para impugnar capítulos específicos da sentença ou do acórdão, de modo que qualquer análise sobre o sistema recursal penal deve levar em conta essa circunstância. E diversos são os exemplos de precedentes, inclusive sumulados, constantemente desrespeitados, e que o STJ e o STF corrigem em sede de habeas corpus: aplicação do princípio da insignificância; inconstitucionalidade de vedação à substituição por pena restritiva de direitos; fixação de regime inicial mais gravoso sem fundamentação concreta. Sem dúvidas, os enunciados das Súmulas 718 e 719 do STF, e 440, 443 e 444 do STJ são frequentemente ressaltados como fundamentos para alterações de decisões tomadas por Tribunais de segundo grau. A extrema relevância das concessões de ordem em HC nas decisões do STF é, inclusive, demonstrada por pesquisas empíricas. Em livro recentemente publicado que foi organizado por assessores desta Corte, mostrou-se que, nos anos de 2017 e 2018 – curiosamente os anos seguintes à mudança de entendimento pelo STF sobre a execução provisória da pena –, houve uma verdadeira explosão do número de impetrações de HCs na Suprema Corte. No ano da mudança de entendimento do STF, a Corte recebeu ao total 6.491 impetrações. Após firmar a possibilidade de execução provisória da pena, em 2017, foram impetrados 11.327 HCs e, em 2018, chegou-se a 13.815 impetrações. (BRASIL, 2019b).

Ainda, mostrando sua reprovação quanto aos julgamentos quanto a execução antecipada da pena nos tribunais inferiores, alega que o Supremo Tribunal Federal, atua na correção dos entendimentos inferiores, demonstrando atenção aos direitos dos mais pobres:

Essa realidade mostra com clareza que o STF exerce papel ativo na correção dos entendimentos das instâncias inferiores, principalmente em favor dos direitos dos mais pobres. Não são os ricos criminosos a principal classe atendida pela nossa prestação jurisdicional. (BRASIL, 2019b).

Em contrapartida, o Min. Marco Aurélio, mesmo votando a favor da inconstitucionalidade da execução da pena em 2º grau nas ADCs 43, 44 e 54, aduz que seu voto não abrange aos crimes julgados pelo Tribunal do Júri, eis que neste caso, prevalece a soberania dos veredictos:

Ante o exposto, voto pela procedência das ações diretas de constitucionalidade, declarando-se a compatibilidade da vontade expressa pelo legislador no art. 283 do Código de Processo Penal – por meio da Lei nº 12.403 – de 4 de maio de 2011, com a Constituição Federal, uma vez que não há contrariedade entre essa deliberação política do parlamento e a Carta Magna. No entanto, entendo que, nos casos de condenação por tribunal do júri, não incide a previsão contida no art. 283 do CPP, tendo em vista que, nesse caso, se aplica diretamente a soberania dos veredictos, expressa na alínea c do inciso XXXVIII do art. 5º da Constituição, de forma que a execução da pena deve ser imediata, sem sequer se cogitar do julgamento, em segunda instância, de eventual apelação. Além disso, é importante destacar que, em meu entender, a decisão que ora profere esta Corte não impede a análise pelas instâncias competentes, nos casos hoje pendentes e nos que venham a ser analisados, de decretação de prisão cautelar quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, análise essa que pode ser realizada em qualquer instância e fase do processo, visto que essa modalidade de prisão encontra autorização nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, conforme cito a seguir: “Art. 5º. (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” (BRASIL, 2019b).

Na mesma concordância do Min. Gilmar Mendes, a Min. Rosa Weber, votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, com o seguinte teor:

De outra parte, ainda que se pretendesse relativizar a densidade normativa do art. 5º, LVII, da CF, despindo-o da sua literalidade, não seria possível identificar, no art. 283 do CPP, qualquer ofensa a este ou a qualquer outro preceito constitucional. Em face de ato normativo editado pelo Poder Legislativo com exegese plenamente compatível com o parâmetro constitucional de controle, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente legislativo. Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida pelo Legislador a uma garantia constitucional, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da Constituição. O direito processual penal tem como norte a maior das garantias constitucionais, que é a observância, na tutela constitucional da liberdade, do devido processo legal. A Constituição assegura,

expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Uma vez adotado, pelo legislador infraconstitucional, marco normativo que, longe de a ela se contrapor, visa a assegurar a máxima efetividade da garantia constitucional da presunção de inocência, e guarda com a Lei Fundamental absoluta consonância, não pode o intérprete da norma constitucional ceifar-lhe o potencial humanizador. MOREIRA, Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In Doutrinas Essenciais de Processo Civil - vol. 6, Out / 2011, 1704, p. 679. 58 Em revisão ADC 43 / DF Malgrado fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídico-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do direito de defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno. Nas palavras do Justice Louis Brandeis, “no exercício desse elevado poder, devemos nos manter sempre em guarda, para não erigirmos nossos preconceitos em princípios jurídicos”. Temos o poder-dever de invalidar leis cujos conteúdos sejam contrários à Constituição, mas não fomos investidos de autoridade para negar vigência à própria Constituição. 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. As reflexões calcadas no aspecto da eficiência, nos topoi do direito comparado, na urgência do quadro social ou na preferência, dogmática ou ideológica, por determinados modelos de racionalidade processual em detrimento de outros, são pertinentes. Somente se legitimam normativamente, todavia, de *lege ferenda* ou de *constitutione ferenda*. 21. Não me impressiona o argumento de que não seria razoável submeter o início da execução provisória ou antecipada das privativas de liberdade à última palavra dos Tribunais Superiores porque não é disso que se trata. Sem embargo das vicissitudes que emperram nosso sistema processual, a maior parte das condenações transita em julgado nas instâncias ordinárias e, dos recursos de natureza extraordinária, a imensa maioria tem seu seguimento negado sumariamente. Problemas e New State Ice Co. v. Liebmann (285 U.S. 262). 59 Em revisão ADC 43 / DF distorções decorrentes da estrutura normativa penal e processual penal – tais como o frequentemente extenso lapso entre o início da persecução penal e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade – devem ser resolvidos não pela supressão de garantias, e sim mediante o aperfeiçoamento da legislação processual penal pertinente, insisto. Tampouco favorece o devido equacionamento da questão pautar-se o debate em utilizações de dados com intenções alarmantes e argumentos *ad terrorem*. Nesse sentido, prestou relevante serviço público o Conselho Nacional de Justiça ao esclarecer que o número de eventuais beneficiados por uma declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP não ultrapassaria 4,8 mil presos, o que corresponde a apenas 2,5% do número de 190 mil anteriormente ventilado. Lembro Kaváfis, em À Espera dos Bárbaros: O que esperamos na ágora reunidos? É que os bárbaros chegam hoje. (...) Por que subitamente esta inquietude? (Que seriedade nas fisionomias!) Por que tão rápido as ruas se esvaziam e todos voltam para casa preocupados? Porque é já noite, os bárbaros não vêm e gente recém-chegada das fronteiras diz que não há mais bárbaros. Sem bárbaros o que será de nós? Ah! eles eram uma solução. 22. Julgo procedentes as ações declaratórias para declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei nº 12.403/2011. É como voto. (BRASIL, 2019b).

Dessa forma, em 2019 formou-se maioria para determinar a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. No entanto, em 2023, foi colocado em pauta o referido tema, após julgamento do recurso extraordinário nº1.235.340/SC, do MPSC, que formou maioria para de 6 votos a 3 para executar a pena do tribunal do júri antecipadamente. Contudo, o Min. Gilmar Mendes, vencido, considerando que se opõe a constitucionalidade da execução antecipada da pena no Tribunal do Júri, pediu o destaque do processo do Plenário Virtual, utilizando a prerrogativa prevista no art. 21-B, § 3º, do Regimento Interno da Corte, que deverá ser colocado em pauta, pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.

Após seis ministros se manifestarem pela execução imediata das condenações proferidas pelo júri, o Ministro Gilmar Mendes solicitou o destaque do processo do plenário virtual, o que levará a votação a ser reiniciada em julgamento presencial

Após o julgamento de recurso extraordinário do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) já ter formado maioria de seis votos a três em plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) a favor da tese de execução imediata da pena no Tribunal do Júri, o julgamento foi direcionado para o plenário presencial e terá a votação reiniciada.

O recurso interposto pela Coordenadoria de Recursos Criminais do MPSC (CRCrim) teve a repercussão geral reconhecida pelo STF, com decisão que afetará processos em todo o país.

Ainda no plenário virtual do STF, após pedido de vista, em 30 de junho, foi retomado o julgamento virtual do Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina, afetado como leading case do Tema de Repercussão Geral n. 1.068 do STF, em que se discute, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença. O julgamento virtual tinha prazo para ser finalizado no dia 7 de agosto.

Foi a terceira vez que o caso entrou em julgamento virtual na Corte, após anteriores pedidos de vista. Com a apresentação dos votos pelos Ministros André Mendonça e Edson Fachin, formou-se a maioria, com 6 votos, pelo provimento do recurso extraordinário do MPSC, favoráveis à execução imediata da condenação decretada pelos jurados.

A única questão ainda não definida se limitava à possibilidade da execução imediata de qualquer pena ou apenas aquelas fixadas acima de 15 anos. Os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia e André Mendonça votaram pela execução imediata independentemente do total da pena aplicada. Já o Ministro Edson Fachin, votou pela execução imediata das penas, contudo, somente quando fixada pena acima de quinze anos, nos termos da redação do art. 492, I, "e", do CPP, trazida pelo Pacote Anticrime.

Em sentido oposto pela impossibilidade da execução imediata e, por conseguinte, pelo não provimento do apelo ministerial, computavam-se apenas os votos dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

O julgamento virtual estava previsto para se encerrar em 7 de agosto de 2023, aguardando-se os votos dos ministros Nunes Marques e Luiz Fux. Como o Ministro Ricardo Lewandowski já havia votado, o Ministro Cristiano Zanin, nomeado para sua vaga, não vota.

Todavia, às vésperas do encerramento da votação, quando a maioria já estava formada com o placar de 6 a 3 a favor da tese ministerial, o Ministro Gilmar Mendes, vencido, pediu o destaque do processo do Plenário Virtual, utilizando a prerrogativa prevista no art. 21-B, § 3º, do Regimento Interno da Corte, que acarreta o encaminhamento do processo para julgamento presencial, com publicação de nova pauta, com o reinício do julgamento e da colheita de votos.

Vale ressaltar que compete à Presidente da Corte, Ministra Rosa Weber, incluir o processo no calendário do Plenário presencial. (SANTA CATARINA, 2023).

4 ADVENTO DO PACOTE ANTICRIME – LEI 13.964/2019 EM CONTRASSENSO AS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43, 44, 54

4.1 Ponderações Quanto ao Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória

A princípio é de suma importância conceituar a execução da pena, bem como o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim sendo, a execução da pena compreende o ato de restringir a liberdade de alguém que foi acusado e considerado culpado pelo Judiciário, consistindo no cumprimento da pena ou na medida de segurança imposta nas condições da sentença. Para tanto, é necessário que ocorra o devido processo legal e o respeito aos princípios já conceituados, como presunção de inocência, contraditório, ampla defesa e entre outros.

Neste sentido, a Lei de Execução Penal (LEP) n° 7.210/1984, dispõe em sua redação que a execução da pena tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória consiste em tornar o julgamento definitivo, ou seja, quando não mais será possível a interposição de qualquer recurso para reformar ou anular a decisão. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória poderá ocorrer de duas maneiras: (a) caso o recurso seja interposto fora do prazo, ou seja, intempestivamente, ou (b) quando esgotadas as vias recursais.

O trânsito em julgado da sentença encontra previsão tanto na Constituição Federal, como nas normas infraconstitucionais, como Código Civil, Processo Civil, Penal e Processo Penal. No entanto, em nenhuma dessas normas há uma conceituação perfeita ou uma definição legal, mas a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz a conceituação de forma clara, especificamente no art. 6° §3° que se chama de coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba recurso.

Dessa forma, conceituando o que é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, parte-se para as previsões constitucionais e infraconstitucionais acerca do tema.

Como mencionado alhures a declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 prevê em sua redação que ninguém será aleatoriamente preso, detido ou exilado e que todo ser humano tem direito a uma audiência em um tribunal independente e imparcial e do mesmo modo, tem o direito de ser considerado presumidamente inocente até que se prove ao contrário respeitando o devido processo legal, bem como as garantias fundamentais e necessárias para uma defesa digna.

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988 traz por diversas vezes em sua inteligência artigos que elucidam os direitos e garantias individuais em se tratando especificamente de matéria penal e processual penal, tanto quanto ao mérito como ao processo.

O artigo da Constituição Federal necessário para a exemplificação das garantias e direitos individuais acerca do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o art. 5º, incisos LIV e LVII que elucidam respectivamente que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E ainda, cumpre salientar que para concretizar a importância do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o legislador, insistiu na referida determinação ao editar o art. 283 do Código de Processo Penal que traz em sua inteligência o mesmo conteúdo constitucional. Considerando que há insistência na redação na norma constitucional e infraconstitucional quanto a possibilidade de prisão somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nota-se ser proposital esta repetição a fim de garantir a premissa de que a liberdade é regra.

4.2 Introdução Sobre as Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54

No julgamento das ADCs 43, 44, 54 que ocorreu em 2019 e publicado em 2020, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu e conseqüentemente pacificou o entendimento de que a presunção de inocência deve ser considerada até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No julgamento os Ministros que se opuseram à prisão em segunda instância foram: Min. Marco Aurélio Mello, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Em contrapartida os Ministros que concordaram com a prisão em segunda instância no julgamento das ADCs foram: Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

Nesse sentido, estabeleceu que a prisão só pode ocorrer em três momentos: (a) flagrante de delito; (b) prisão cautelar; (c) condenação transitada em julgado.

Desse modo, o réu julgado pelo Tribunal do Júri, só poderá ser imediatamente preso quando houver risco à execução da penal, ou à ordem pública. Dessa forma, o princípio da soberania dos veredictos não pode ferir o princípio constitucional da presunção de inocência. Assim sendo, se não houver os perigos anteriormente citados, não há motivos para o emprego do art. 312 do CPP.

4.3 Considerações Sobre o Art. 492, I, do CPP que Institui a Possibilidade do Imediato Cumprimento da Pena

A lei nº 13.964/2019 intitulada como pacote anticrime, surgiu de forma abrupta, com o intuito de erradicar com a criminalidade e corrupção no Brasil, ou em outras palavras, punir os acusados de maneira tão incisiva, independentemente de como, e até mesmo, independentemente de respeitar ou não o devido processo legal, inclusive tratando deliberadamente sobre a possibilidade da prisão imediata, ou seja, sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Neste diapasão, foi inserida pela referida lei no Código de Processo Penal, especificamente no art. 492, inc. I, alínea “e” que 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. Ocorre que a Constituição Federal e até mesmo o próprio Código de Processo Penal no art. 283, caput, estipulam que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” (BRASIL, 1941).

O art. 283, caput do Código de Processo Penal está inteiramente ligado ao princípio da presunção de inocência.

Ou seja, é nítido que não há nem na Constituição Federal, nem mesmo na redação da norma infraconstitucional, Código de Processo Penal, um *quantum* sobre os anos de reclusão passíveis de executar antecipadamente a pena, mas sim, evidencia que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória” e não o contrário “será considerado culpado e poderá incorrer na antecipação da execução de sua pena se condenado a pena superior a 15 anos”. Ou seja, não há exceção na Constituição Federal e nem mesmo no Código de Processo Penal, quanto possibilidade de executar uma pena se esta for inferior ou superior a atribuição de tantos anos.

A garantia de que ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado da sentença penal condenatória encontra previsão no art. 5º inciso. LVII da Constituição Federal, no mesmo sentido o STF, acertadamente, reconheceu a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri, eis que, o tribunal do júri, mesmo tendo caráter de decisão colegiada, ainda sim integra o primeiro grau de jurisdição. Conseqüentemente, sendo o júri órgão colegiado de primeiro grau, a sua decisão é passível de recurso e, assim, deve o réu responder em liberdade durante o processamento dos recursos interpostos contra a decisão até que ocorra o esgotamento das possibilidades recursais e ocorra, conseqüentemente, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nota-se que no Direito Romano, a dúvida quanto ao cometimento do crime era considerada pré-prova ou semiprova. Hoje, em um estado democrático de direito, a dúvida deve ser motivo suficiente para a concessão da liberdade ao acusado, possibilidade de gozo de todos os recursos cabíveis e até mesmo nulidade do processo, eis que a liberdade é regra e a prisão é exceção.

Em suma, a possibilidade do réu ser preso, só ocorrerá quando esgotadas as vias recursais, isto é, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste diapasão, contra a decisão proferida no Tribunal do Júri, caberá apelação. O conteúdo da apelação pode discutir questões formais ou de mérito, podendo inclusive, o tribunal avaliar se a decisão do Conselho de Sentença respaldou-se em provas, sendo conseqüentemente, inviável a autorização da execução antecipada da pena após essa referida decisão.

A Lei do pacote anticrime, após sua publicação ou até mesmo durante a sua elaboração, tomou proporções midiáticas de alta relevância. No instante em que a

população tomou ciência de seu conteúdo punitivo, independentemente do conhecimento jurídico sobre as consequências que cada artigo desta lei acarretava nos processos em andamento ou até mesmo nos processos futuros e na própria Constituição Federal, o clamor por ela se tornou notório e aos juristas garantistas, preocupante.

Quando a sociedade se “deparou” com crimes que aparentemente não estavam sendo penalizados com o *quantum* que achavam correto de acordo com o próprio senso de certo e errado e conheceu uma lei que prometia penas e punições superiores ao Código Penal e Processual Penal existente àquele tempo, entendeu, mais uma vez – com base em seu próprio entendimento de moralidade, justo e injusto – que a Lei 13.964/2019 era a solução para as impunidades ocorridas no sistema judiciário brasileiro.

4.4 A Constitucionalidade do Art. 283 do CPP em Consonância com ao Art. 5º LVII, da Constituição Federal em Face da Inconstitucionalidade do Art. 492, I, Alínea “e” do CPP

Em 2019 ocorreu o julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54. As referidas ações visavam sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP eis que impõe em sua inteligência que somente poderá ser decretada a prisão do acusado, após o trânsito em julgado da sentença. Os detalhes quanto as ações declaratórias serão abordadas minuciosamente no capítulo seguinte.

O julgamento que ocorreu em 2019 teve a maioria dos votos para a declarar a constitucionalidade do art. 283 para proibir a prisão após decisão condenatória em segunda instância.

Decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo são orientadas e seguem a declaração do Supremo Tribunal Federal. O Habeas Corpus Criminal nº 2218040-46.2022.8.26.0000, julgado em 29/11/2022 pelo relator Otávio de Almeida Toledo da 16ª Câmara de Direito Criminal, com participação dos Desembargadores Camargo Aranha Filho e Guilherme de Souza Nucci, em consonância a Constituição Federal, Código de Processo Penal e ao julgamento das ADC's, concedeu a liberdade para o paciente, ratificando a liminar que decretava a

prisão com fundamento do art. 492, I alínea “e” do Código de Processo Penal. Conforme exposto:

De início, já deve ser esclarecido que não se está a discutir prisão preventiva, que pode ser decretada pelo Magistrado a qualquer tempo, desde que tenham se tornado presentes as situações do artigo 312 do Código de Processo Penal, com atenção à ressalva do seu §2º, especialmente relevante em casos como o dos autos: “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. O paciente é acusado de crime que ocorreu em 2015 e responde em liberdade desde 2016. Parece não ter havido qualquer notícia de ter praticado novos fatos que desse azo à suspeita de que a ordem pública, a instrução ou a aplicação da lei penal estivessem em risco. Afinal, ainda segue em liberdade. Agora, com a Lei 13.964 de 2019, o chamado “Pacote Anticrime”, pretendeu o legislador criar uma hipótese de prisão decorrente de sentença condenatória, categoria há muito extirpada do ordenamento jurídico para preservação da garantia constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado. A despeito da clareza da interpretação dessa garantia, o legislador pátrio entendeu por criar uma hipótese de verdadeira execução provisória que teria fundamento na soberania dos veredictos. **A Suprema Corte, mesmo antes dessa mudança legislativa, já havia declarado a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal quando afirmava que ninguém poderia ser preso senão em razão de sentença condenatória definitiva ou cautelarmente, em oposição ao que se pretendia por execução provisória da pena confirmada em segundo grau. Irrelevante que a redação atual do artigo 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal seja posterior a esse julgamento, visto que contraria interpretação já firmada pela Suprema Corte como sendo a correta perante a garantia constitucional em destaque. Afinal, a ação declaratória de constitucionalidade, como se costuma dizer, é “de sinal trocado”, o que significa que a constitucionalidade de uma interpretação, quando assentada pelo C. Supremo Tribunal Federal, importa necessariamente na inconstitucionalidade daquelas que a contrariarem, o que não exclui legislação posterior.** A própria Suprema Corte, em decisão recente, quando confrontada com a questão, assim decidiu: “E, a partir disso, a segunda premissa é decorrência clara do texto constitucional: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. **Se 'não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado' e 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória', conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.** Nesse sentido, concluiu-se no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que a execução provisória da pena não é admitida nos termos da Constituição de 1988 e do Código de Processo Penal. Desse modo, a imposição de uma prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode se justificar se houver motivação concreta que embase a decretação de prisão preventiva. Diante do exposto, adito o voto anteriormente proferido para dar parcial provimento aos embargos de declaração. **Assim, concedo de ofício a ordem habeas corpus para declarar a ilegalidade de execução provisória da pena e, assim, revogar a prisão decretada por tal fundamento, se inexistente outro motivo para a segregação do paciente e se ausentes fundamentos concretos de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP e em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal”** (trecho do voto condutor, ED no HC 163.814/MG, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, julgado em 19/11/2019, v.u.).

Em face do exposto, voto pela concessão da ordem para, ratificando a liminar, conceder salvo conduto ao paciente para obstar a decretação

de sua prisão com fundamento no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal. (SÃO PAULO, 2022).

A sábia fundamentação consistiu no julgamento da Suprema Corte que antecedeu a publicação do Pacote Anticrime, declarando a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, isso significa, que independentemente do pacote anticrime ter sido publicado após a declaração de constitucionalidade do referido art. não o torna constitucional e não invalida automaticamente a declaração pacificada pelo STF, pelo contrário, se a Suprema Corte declarou constitucional um art. de norma infraconstitucional, qualquer lei posterior contrária ou discordante a ela, torna-se inconstitucional. De acordo com o acórdão do *habeas corpus* proferido pelo relator é irrelevante que o art. 492, inciso, I do Código de Processo Penal seja posterior ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, considerando ser o art. 283 do Código de Processo Penal constitucional, o art. 492, I, alínea “e” é expressamente contrário ao texto deste primeiro e de acordo com o acórdão, não há o que se falar em constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri analisando especificamente o art. 283 do CPP.

5 A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO PUNITIVISTA

5.1 O Punitivismo Social Como Justificativa

O caráter punitivista da sociedade é um tema de grande complexidade, eis que mexe com a objetividade e subjetividade, normas, leis e emoções e, sobretudo, com pessoas de todas as culturas, raças, etnias e crenças diversas. Isso tudo, dentro de uma mesma sociedade que possui uma Constituição Federal que garante igualdade para todos, ou seja, a lei que poderá ser aplicada contra Maria, também poderá ser aplicada contra João, mesmo que ambos possuam concepções de justiça totalmente diferentes.

Assim, nasce na sociedade grupos de pessoas que se defendem e se atacam, pois ao não concordarem com determinado princípio garantista ou direito individual concedido a alguém que cometeu ou supostamente cometeu um crime, seja ele contra a vida ou não, automaticamente se revoltam tanto com o judiciário como com aqueles que pensam diferente do seu próprio conceito de moralidade, justo ou injusto, certo ou errado.

A expansão do Código Penal, Processo Penal e até mesmo a Constituição Federal, encontram dificuldades em elaborar textos que agradem a sociedade como um todo, pois as críticas quanto as normas que regem o ordenamento brasileiro acontecem justamente pelo “excesso de direitos” concedidos aos cidadãos brasileiros e naturalizados, este fato pode ser verificado através das mídias, sejam elas transmitidas por canais de televisão, redes sociais e jornais, uma vez que é comum discursos no sentido de que a sociedade está cansada de tanta corrupção e criminalidade que é justo que seja permitido no ordenamento penal a prisão perpétua e até mesmo, a pena de morte.

Considerando que a sociedade entende ser possível e certo que haja como punição a pena de prisão perpétua e a pena de morte, as constatações que se demonstram são: (a) a constitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri é plenamente viável, mesmo que aquele que se encontra no banco dos réus, nem mesmo ainda é considerado culpado, mas possui fortes “indícios” que é. Eis que, pelo discurso punitivo da sociedade nota-se a necessidade intrínseca do ser

humano em punir e abandonar aqueles que não se enquadram em sua mais “correta” moralidade. (b) A sociedade não sabe o real intuito das penas previstas no Código Penal, eis que não foi ensinada que a prisão não possui caráter punitivo, mas sim, educativo. A prisão em si, é violência, uma vez que contradiz ao princípio basilar da vida: a liberdade.

O discurso de que as pessoas que cometem crimes, ou são suspeitas de cometer, devem pagar por eles com penas mais rigorosas ou até mesmo com a morte, deriva de um preceito que pode ser denominado como barbárie desde os primórdios da civilização.

É normal entrarmos nas redes sociais presentes no organismo da Internet que possui grande número de usuários, e nos depararmos com discursos de que: “no Brasil o crime compensa, uma vez que as punições são brandas”, “os casos não são julgados como deveriam”, “é fácil viver em um presídio com água, alimentação e televisão, quase que umas férias com remuneração e tudo mais”, “o Brasil não prende ninguém”.

No entanto, cumpre salientar que o número total de custodiados no Brasil fez com que em 2020 se torna-se o 3º país com maior população carcerária do mundo, conforme Site Conectas Direitos Humanos, ficando atrás somente dos Estados Unidos e China respectivamente.

O Brasil continua ocupando o 3º lugar no ranking de países com maior número de pessoas presas no mundo. De acordo com dados do Infopen, sistema de informações estatísticas do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), publicado nesta sexta-feira (14), o país computa 773.151 presos. O levantamento do órgão do Ministério da Justiça é referente à junho de 2019 e representa um aumento percentual de 8,6% em relação ao mesmo período de 2018.

Estados Unidos e China, respectivamente com 2,1 milhões e 1,7 milhão, se configuram como os países que mais prendem, segundo o World Prison Brief, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pela ICPR (Institute for Crime & Justice Research) e pela Birkbeck University of London.

“Estes dados são reflexo de uma política criminal populista e ineficaz. O Brasil encarcera muito e de maneira desordenada, não oferece condições dignas nas prisões, sendo precários os acessos à saúde ao trabalho (18%) e à educação (14%). Os dados revelam uma crise crônica e que exige medidas urgentes para sua superação, por meio da revisão da legislação, ampliando, por exemplo, as alternativas penais para crimes sem violência, revisão da Lei de Drogas, e redução das prisões provisórias”, pontua Gabriel Sampaio, coordenador do programa Enfrentamento à Violência Institucional da Conectas.

“Vale lembrar que o sistema prisional brasileiro é palco de graves violações de direitos, atinge mais fortemente jovens negros e é incapaz de promover a reintegração social da pessoa presa, como prevê nossa legislação”, conclui. (grifo nosso) (CONNECTAS, 2020).

5.2 Justiça Punitiva

A Secretaria Nacional de Políticas Penais – SENAPPEN, em seu 14º levantamento de Informações Penitenciárias, divulgou no dia 14/09/2023, o levantamento mais recente de Informações Penitenciárias, dados do primeiro semestre de 2023.

O referido levantamento, demonstra que ao contrário do que a sociedade insatisfeita com o judiciário alega sobre impunidade, o Brasil possui 644.794 custodiados em celas físicas, enquanto 190.080 em prisão domiciliar, totalizando 834.874 mil custodiados no Brasil.

Necessário considerar que o levantamento de dados também considerou o aumento de presos em monitoração eletrônica que subiu de 91.362 presos em dezembro de 2022, para 92.894 presos em junho de 2023 “e na quantidade total de tornozeleiras eletrônicas de 117.588 para 121.911 no mesmo período. (SENAPPEN, 2023).

É comum e de fácil acesso encontrar informações nas mídias sociais, mais especificamente em conteúdos políticos, como o G1 Política, informações repassadas pelo CNJ que trazem em seu conteúdo informações alarmantes, sobre o número de registro de presos no país que em 2019 era de 812 mil, e até à época, desses 812 mil presos, 41,5% não possuíam condenação, ou seja, quase 50% da população carcerária não possuem conhecimento sobre quantos anos ficará restrito de sua liberdade, 50% desta população carcerária estão com seus direitos constitucionais corrompidos, frente ao judiciário punitivo e sem controle.

Contudo, é necessário considerar que essa porcentagem de 41,5% pode ser ainda maior, eis que o SISDEPEN divulgou dados estatísticos do sistema penitenciário atualizados, denominado como relatório de informações penais RELIPEN – 1º semestre de 2023.

Às fls. 37 a 39, foi realizado o levantamento quanto aos presos provisórios com mais de 90 dias de prisão em 30/06/2023. Neste levantamento há uma tabela que exemplifica o número de estabelecimentos (presídios) que não possuem controle de quantos presos provisórios tem mais de 90 dias, e o resultado da pesquisa é absurdamente preocupante. Eis que 9 estados, Minas Gerais, Paraná, Goiás, Santa

Catarina, Rio de Janeiro, Pará, Mato Grosso, Rondônia, Rio Grande do Sul, não possuem controle de alguns de seus estabelecimentos penitenciários

Quadro 1 – Estabelecimentos sem controle de quantos presos provisórios têm mais de 90 dias.

Total - Estabelecimentos sem controle de quantos presos provisórios têm mais de 90 dias = 561					
UF	Sem controle	UF	Sem controle	UF	Sem controle
MG	119	PB	21	TO	6
PR	63	SP	20	PI	5
GO	60	MS	19	MA	5
SC	33	ES	17	RR	4
RJ	31	PE	13	DF	2
PA	29	RN	12	AP	1
MT	28	BA	11	AL	0
RO	26	SE	7	CE	0
RS	23	AC	6	AM	0

*No Sistema Penitenciário Federal o quantitativo é: 1

Fonte: (SISDEPEN, 2023).

Ao todo, no território brasileiro são 561 unidades penitenciárias que não possuem controle algum sobre os presos provisórios. Conforme levantamento das informações do órgão responsável, SISDEPEN, o estado que lidera a ausência de controle é o de Minas Gerais com 119 estabelecimentos.

No entanto, o site do SEJUSB celebra que com 182 unidades prisionais, o estado de Minas Gerais se destaca no cenário nacional quando o assunto é oferta de emprego.

Uma live transmitida nesta quinta-feira (17) possibilitou a diversos empresários conhecer um pouco mais sobre o cenário da empregabilidade no sistema prisional de Minas Gerais. A ação faz parte do Projeto Forte Fiemg, da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, e contou com uma apresentação do diretor-geral do Departamento Penitenciário de Minas Gerais, Rodrigo Machado. **Com 182 unidades prisionais, Minas Gerais se destaca no cenário nacional quando o assunto é oferta de emprego para pessoas que estão privadas de liberdade: são vagas de trabalho que vão desde a construção civil até a manufatura eletroeletrônica.** (Grifo nosso)

Atualmente, 543 empresas dos mais diversos segmentos do mercado estão atuando em parceria com o sistema prisional em Minas Gerais. De acordo com dados apresentados por Rodrigo Machado, uma planta com 10 trabalhadores contratados em regime LEP (Lei de Execuções Penais) gera ao empresário economia de mais de cem mil reais ao ano, quando comparada com a tradicional contratação pela CLT.

Embora a contratação por meio da CLT seja extremamente importante para o crescimento do país e para a redução das taxas de desemprego, a apresentação teve como objetivo ir além e mostrar ao empresário que a empregabilidade de custodiados também é uma alternativa factível e lucrativa, já que muitos desconhecem as inúmeras possibilidades de negócios que podem ultrapassar as muralhas e gerar emprego dentro de um presídio ou de uma penitenciária.

“Os benefícios para o empresário que instala um galpão de trabalho dentro do nosso sistema são inúmeros. Posso começar pelo baixo custo da mão de obra, já que há isenção de encargos trabalhistas como FGTS, 13º salário e férias; isenção de aluguel e IPTU no caso de utilização de estrutura pronta instalada dentro de um complexo penal; a possibilidade de adequar a quantidade de trabalhadores ao volume de produção, sem os habituais custos de possíveis demissões e o processo de profissionalização sem custo, durante os treinamentos e capacitações”, exemplificou Machado. (SANTANA, 2022).

Enquanto a sociedade entende que o judiciário é ineficaz em se tratando da criminalidade crescente e impunidades decorrentes de um sistema prisional falho. A realidade, estatisticamente observando, é que o judiciário em seu estado punitivo prende centenas de pessoas por semestre e por consequência, não consegue promover justiça restaurativa na vida daqueles que estão restritos de sua liberdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa analisou as perspectivas do tema sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri tanto no contexto jurídico como no social.

As alterações quanto a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena são notórias e os votos trazidos pelos Ministros nos julgamentos de 2009, 2016 e 2019 demonstram exatamente que os direitos e garantidas fundamentais individuais estão em constante risco e instabilidade, pois o acusado deve ir ao judiciário requerer um direito que já está garantido na Constituição Federal e além de ter que recorrer ao judiciário se depara com uma decisão de indeferimento do pedido de liberdade mesmo possuindo direito para tanto, por causa de divergências de entendimentos do texto Constitucional por aqueles que deveriam protegê-la.

Como assevera o Min. Gilmar Mendes, o Superior Tribunal Federal ao longo dos anos, corrige decisões das sentenças dos Tribunais Ordinários, eis que tais decisões ferem o entendimento da Corte como a própria Constituição Federal, ao condenarem pessoas e executar imediatamente a pena destas, mesmo que pudessem recorrer em liberdade pois o cenário não é ensejador da aplicação do art. 312.

A sociedade está cada vez mais participativa nas questões políticas e jurídicas do País, que por um lado é positivo, vez que valida a importância da democracia, tão atacada nos últimos anos. Entretanto, questões como ensino de qualidade e instrução sobre os referidos temas não são incentivados nas comunidades onde habitam, fazendo com que argumentos e opiniões de analfabetos-jurídicos e analfabetos-políticos contaminem as decisões do judiciário por causa da pressão que juízes, promotores, desembargadores e até mesmo os ministros sofrem quando estão exercendo a função de julgar casos, principalmente os midiáticos que por influência da mídia são julgados de forma célere, não respeitando por vezes o devido processo legal e, ainda, condenando a penas superiores, isto quando não ocorre a prisão ilegal do indivíduo.

Nesse sentido, o apelo social para punir determinado “acusado” pelo judiciário, mas definitivamente culpado pela sociedade, faz com que questões quanto a

inconstitucionalidade da execução antecipada da pena no tribunal do júri sejam ainda, objeto de votação em 2023.

O retrocesso quanto aos direitos e garantias individuais está avançando na sociedade revestido do argumento que se faz necessário tais modificações, mesmo que inconstitucionais para evitar impunidades e demora para julgar casos com a consequente prescrição do crime, causando prejuízos para a segurança do Estado.

No entanto, percebe-se que o Estado com sua justiça punitiva, visa transferir sua responsabilidade de promover uma justiça célere, para o acusado, que poderá perder sua liberdade, mesmo sendo inocente ou ainda com possibilidades recursais, devido a irresponsabilidade do Judiciário em promover julgamentos e proferir sentenças dentro do prazo estipulado para que não ocorra a referida prescrição e torne o país refém da impunidade. Ou seja, para o Estado punitivista é viável conferir aos acusados penas e prisões antecipadas do que estudar maneiras de promover decisões mais rápidas e justas. Assim sendo, aqueles que estão sendo julgados pelo Código Penal e Processo Penal são, na realidade, reféns de uma sociedade, justiça e Lei punitiva.

A sociedade, em pleno espírito punitivo, com sua capacidade intrínseca de vigiar e punir deturpam o que de fato é um sistema penitenciário. Estes, analisam o sistema como algo relacionado a violência e perda dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana e tratam isso de maneira muito comum e positiva, enquanto, ao mesmo tempo, reclamam de um Estado-pobre, ausência de verbas destinadas a educação e saúde, mas claramente, não percebem que o discurso de ódio propagado entre os civis, em uma roda de amigos é o verdadeiro causador das misérias vivenciadas por uma sociedade barbara.

Eis que por não acreditarem em uma justiça socioeducativa, capaz de trazer o indivíduo marginalizado de volta ao labor e convivência social, estimulam a sua reincidência na criminalidade, fazendo com que o indivíduo retorne ao sistema penitenciário e continue sendo contabilizado nos gastos do Estado na importância de aproximadamente R\$ 1.900,00 mensais, valor este, já tratado na presente pesquisa que evidencia os gastos do Governo para manter os pacientes nas unidades.

Não obstante, o julgamento sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena no Tribunal do Júri ainda está aguardando andamento. Contudo, até o presente momento, forma-se maioria pela constitucionalidade da antecipação,

demonstrando mais uma vez, que o cenário jurídico remonta a época do Direito Romano, onde dúvida consistia em prova.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Juliana. Revolução Francesa (1789). **Toda Matéria**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-francesa>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938. Regula a instituição do Juri. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 8 jan. 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-167-5-janeiro-1938-354984-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. GOV.BR. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Serviço Nacional de Políticas Penais. **SENAPPEN lança Levantamento de Informações Penitenciárias referentes ao primeiro semestre de 2023**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-lanca-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referentes-ao-primeiro-semester-de-2023>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus. n. 815.714/RS**, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Data do Julgamento: 12 jun. 2023a, Data da Publicação: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 793.944/MG**, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Data do Julgamento: 2 maio 2023b, Data da Publicação: 4 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. Data do Julgamento: 28 abr. 2010. Data da Publicação: 13 maio 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-444-do-stj/1289711024>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 - Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Data do Julgamento: 7 nov. 2019b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.235.340 Santa Catarina**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento: 28 nov. 2019. Data da Publicação: 28 nov. 2019a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf. Acesso em: 20 jul. 2023.

CONNECTAS. **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 11 fev. 2023.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. ([s.d]). Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

NASCIMENTO, Márcio Gondim do. **Ampla Defesa Vs. Plenitude de Defesa**. 2014. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/ampla-defesa-vs-plenitude-de-defesa/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

NICOLITT, André. **Soberania dos veredictos: a garantia fundamental que pode levar à prisão?** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/andre-nicolitt-soberania-veredictos>. Acesso em: 18 mar. 2023.

REIS JUNIOR, Almir Santos. **A "automutilação" e a (in)competência do Tribunal do Júri.** 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/almir-reis-automutilacao-competencia-tribunal-juri>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. **STF forma maioria pela constitucionalidade da execução imediata da pena no Tribunal do Júri, mas votação será reiniciada.** 2023. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/noticias/stf-forma-maioria-pela-constitucionalidade-da-execucao-imediata-da-pena-no-tribunal-do-juri-mas-votacao-sera-reiniciada>. Acesso em: 15 set. 2023.

SANTANA, Flávia. **Sistema prisional mineiro celebra parceria com 543 empresas e 15 mil custodiados trabalhando após pandemia.** 2022. Disponível em: <https://www.seguranca.mg.gov.br/ajuda/story/4257-sistema-prisional-mineiro-celebra-parceria-com-543-empresas-e-15-mil-custodiados-trabalhando-apos-pandemia?layout=print>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal 0001092-27.2018.8.26.0052**; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal - Juri - 5ª Vara do Júri; Data do Julgamento: 20 set. 2023a; Data de Registro: 20 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal 1503317-72.2022.8.26.0482**; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - Vara do Júri e da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 18 set. 2023b; Data de Registro: 18 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus Criminal 2128257-09.2023.8.26.0000**; Relator (a): Nogueira Nascimento; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Suzano - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23 jun. 2023c; Data de Registro: 23 jun. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Habeas Corpus Criminal nº 2218040-46.2022.8.26.0000**. Relator: Otávio de Almeida Toledo. 16ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 29 nov. 2022.

SISDEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 17 set. 2023.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Trânsito em Julgado.** 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/transito-em-julgado>. Acesso em: 20 jul. 2023.