

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-085-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado “A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo “O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”.

Por sua vez, o artigo “O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE”, de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o surgimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – “PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS” – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconceções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em “OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA”, Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie “Olhos que condenam”, analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo “O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO”, de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – “O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS” - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

“O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA”, de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado “DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER”, Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO

"RES JUDICATA" OF CRIMINAL ACTIONS: ABOUT PRESUMPTION OF INNOCENCE, (PROVISIONAL) EXECUTION OF PENALTY AND ITS REFLECTIONS ON BRAZILIAN MASS INCARCERATION

Caroline Previato Souza ¹
Gustavo Noronha de Avila ²

Resumo

Com base na Presunção de Inocência, pretendemos, por meio de abordagem indutiva e da técnica de revisão bibliográfica, avaliar as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e consequentemente o aumento do encarceramento em massa no Brasil. Para isso, realizar-se-à um estudo cronológico da democracia transitando entre a promulgação da Constituição Federal de 1988, a impetração dos Habeas Corpus 84.078 e 126.292, a ADC 43, a PEC 199/201 e por fim a lei 13.964/19, a fim de demonstrar as mutilações que a expressão "transito em julgado" sofreu ao longo dos anos.

Palavras-chave: Inocência, Recursos, Encarceramento, Superlotação

Abstract/Resumen/Résumé

Basead on the presumption of innocence principle, we aspire, through an inductive approach and a bibliographic revision technique, to analyze the consequences of its inapplicability and how its reflexes contribute to the increasing numbers of provisional arrests and consequently the increase in mass incarceration in Brazil. For this, we will carry out a study following the democratic chronology that passes between the Federal Constitution of 1988, the Habeas Corpus 84.078 and 126.292, the ADC 43, the Proposal for Constitutional Amendment 199 /2019 and law 13.964/19, in order to demonstrate the mutilations that the expression "res judicata" has suffered over the years.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Innocence, Judicial appeal, Incarceration, Overcrowding

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES/PROSUP. Advogada. E-mail: carolinepreviato.adv@outlook.com.

² Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica do Centro Universitário de Maringá. Email: gustavonoronhadeavila@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Presunção de Inocência, cláusula pétrea, é responsável por tutelar a liberdade dos indivíduos. Esta prevista no art. 5, LVII da Constituição Federal e garante que ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória. Contudo, apesar de óbvio, tal definição vem sofrendo "alterações" ao longo dos anos, baseada em conjunturas políticas, sociais e ideológica que ignoram por completo sua real definição.

A preocupação com o *jus puniendi* se sobrepõe as formalidades constitucionais preconizadas pelo diploma maior, desde sua promulgação em 1988, e levanta problemas graves em relação ao número crescente de presos, em especiais aqueles que estão cumprindo sua pena de forma antecipada. A (des)preocupação com a limitação física mostra-se o principal problema a ser combatido frente as reformas pela qual o Brasil vem passando gradativamente.

Para tanto, no presente estudo, utilizar-se-á métodos de caráter explanatório, bem como revisões conceituais consideradas pertinentes ao entendimento dos assuntos abordados e mediante um viés crítico, pretende-se avaliar os principais problemas em relação a não-aplicabilidade da Presunção de Inocência em desfavor de um país ainda despreparado para efetivar políticas criminais que visem uma redução dos números de encarados no sistema prisional.

Assim, por meio de uma análise cronológica desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passando pela impetração dos Habeas Corpus nº 84.078 e nº 126.292, o julgamento das ADC 43, pela Proposta de Emenda Constitucional n. 199/201 a a lei 13.964/19, do pacote anticrime, buscaremos apresentar as principais lacunas e problemas existentes tanto no poder judiciário, quando no poder legislativo quando a presunção de inocência é suscitada, seja em ações ou em alteração legislativa, visando alcançar o objetivo prático maior, qual seja, estampar um caráter punitivista que busca o encarceramento a todo custo.

1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: PREMISSA BASILAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a norma constitucional prevista no artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 assevera que ninguém será considerado culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal panorama aponta para legal aplicação da Presunção de Inocência, pela qual, assegura-se a não imposição de uma pena como medida automática, carecendo -

fundamentalmente – do respeito ao devido processo penal com a formulação de hipóteses e sua suficiência probatória, para que então haja a formação de um juízo regular que alcance a verdade real dos fatos. A problemática traz consigo um ideal garantista defendido por Ferrajoli, desde muito tempo e expressado pelo axioma: "*nulla culpa sine iudicio e nulla accusatio sine probatione*"¹. Nesse sentido, expressa:

"A correlação biunívoca entre garantias penais e processuais é o reflexo do nexos específico entre lei e juízo em matéria penal. No plano lógico, antes de tudo, estrita submissão à jurisdição e estrita legalidade se pressupõem alternadamente, e valem conjuntamente para garantir - e não só para definir - o caráter cognitivo de um sistema penal: a jurisdição penal, de fato, se configura, bem mais que a administração ou outras formas de jurisdição, como "aplicação" ou "afirmação" da lei. No plano teórico, além disso, a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe, necessariamente, como condições da prova, as garantias da materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta. Por fim, no plano teleológico, legalidade e submissão à jurisdição são complementares no que respeita à função utilitária da prevenção geral que é própria do direito penal. Precisamente, enquanto o princípio de legalidade assegura a prevenção das ofensas previstas como delitos, o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) aquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão "judiciário", ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição. (FERRAJOLI, 2014, p. 432)

Porquanto, a jurisdição seria a atividade necessária para constatar através dos *standards* probatórios sobre o cometimento de um crime por determinado sujeito, que por sua vez, deveria representar o resultado dessa opção garantista atuando em favor da tutela de imunidade do inocente em contraposição a imputação da pena, somente se aquele fosse, indiscutivelmente, culpado.

Thomas Hobbes há muito tempo já trazia esta ideia norteadora afirmando que "é contrário à lei da natureza castigar os inocentes, e inocente é aquele que é absolvido judicialmente, e reconhecido como inocente pelo juiz" (HOBBS, 1913. p.180.). A contrário *sensu*, com uma análise hermenêutica dos ensinamentos deste filósofo, a única maneira de uma pessoa ser considerada culpada, deixando de ocupar seu *status* de inocente, seria com a prolação de uma sentença condenatória em definitivo, onde o lapso temporal entre o fato criminoso e a materialização da decisão do magistrado garantiria imperiosamente que a segurança e a defesa social do cidadão estivessem acima do arbítrio punitivo do Estado. (FERRAJOLI, 2014).

¹ Não há culpa sem processo, não há acusação sem prova.

Doutro giro, Beccaria, também já sinalizava sobre a questão ao afirmar que um homem não seria considerado culpado antes da prolação da sentença de um juiz e que, tampouco, caberia a sociedade distanciá-lo da proteção pública. Indistintamente, a decisão sobre a violação dos pactos outorgados teria o intuito de afastá-lo da força e reaproxima-lo do direito, para que não houvesse a possibilidade do juiz aplicar uma pena quando ainda existem dúvidas acerca da sua culpabilidade. Sendo um caso incerto, afastaria-se qualquer tormenta ao inocente que, já segundo a lei da época, seria aquele pelo qual o delito não pode ser provado. Inovando preceitos que romperam com a tradição clássica e aplicando a legislação da época, já no ano de 1764, ele traz e a razão como forma basilar para compreensão do direito e em contrapartida, firma já nos primórdios, formalismos - que deveriam - ser aplicados para garantia da presunção de inocência nos dias atuais. (2006, p. 50)

A racionalidade que se pretende alcançar então, se choca de imediato com os precedentes abertos por nossos Tribunais Superiores nos últimos anos. Flutuando entre a garantia exata da prescrição do art. 5, LVII da Constituição Federal e a total inconstitucionalidade das decisões sobre a temática, temos o ano de 2016 como o divisor de matérias a esse respeito. A reviravolta jurisprudencial ocorreu a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP² de relatoria, do até então, ministro Teori Albino Zavascki, pelo qual abriu-se precedente em favor da Execução Provisória da Pena, sendo traduzida como, a confirmação de uma sentença condenatória em sede de apelação, apenas.

Assim, de acordo com o teor decisório, ainda que houvesse a possibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário ao STJ e STF, respectivamente, isso em nada prejudicaria o início do cumprimento antecipado da pena, motivado pela natureza dos efeitos conferidos a eles, devolutivos e não suspensivos, somado ao fato da não possibilidade de julgar-se matéria fática e por isso, diminuindo-se as chances de reforma ou anulação.

O precedente aberto, a partir de então, ignorou expressamente a *res judicata*³, premissa basilar do Estado de Direito que sustenta a democracia brasileira e coíbe abusos que possam vir a ser praticado pelo judiciário. Somado a isso, colidiu rigorosamente, com a norma constitucional, com o Código de Processo Penal, que assevera em seu artigo 283, a imposição da prisão ao cidadão somente no caso de flagrante delito, em decorrência de uma sentença

² 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 acordão 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. (BRASIL, 2016)

³ Coisa julgada.

condenatória transitada em julgado ou como forma de garantir o curso adequado do processo, de modo temporário ou preventivo, devidamente fundamentada, bem como com a Lei de Execuções Penais, especificamente no que dispõe seus art. 105⁴ e 147⁵.

Não há, portanto, qualquer possibilidade de regulamentação da matéria processual penal *ultra*, sendo imperioso que siga os ditames da lei, sob pena de ferir-se o Princípio da Legalidade expresso tanto na Constituição Federal quanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶ e no Pacto de San José da Costa Rica⁷, que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, com suas respectivas promulgações internas por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992 e do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Ao recepcionar a Presunção de Inocência, se impôs ao julgador uma preocupação primordial com o réu, qual seja, a de trata-lo como inocente até o trânsito em julgado de uma ação penal. Inadmissível que se coloque em seu desfavor um efeito automático da imputação ou mesmo das sentenças, vez que uma prisão obrigatória, retrataria a antecipação de um juízo de culpa que ainda não é certa (JÚNIOR, BADARÓ, 2016).

É possível afirmar, assim, que as únicas possibilidades de se efetuar uma prisão estão elencadas em lei, e, portanto, o enunciado previsto no inciso LVII deve ser interpretado como negativo universal, pelo qual, a *jus libertatis* do cidadão prevaleceria em oposição ao *jus puniendi* do Estado (SILVA, 2006), superando a sua equivalência pura com a presunção da não culpabilidade.

Tão logo, o contorno semântico no plano normativo das regras do "Dever-ser", em tese, independe da situação dos fatos. Com base no positivismo jurídico, seriam elas que direcionariam a tomada de decisões dos operadores do direito, criando limites aos três poderes, por meio de definições claras da própria legislação.

Assim, criou-se um embate sobre a discricionariedade dos juízes sobre a (não) efetividade da lei e sua consequente necessidade de interpretação conforme um contexto social criado, desprezando um mundo cada vez mais problemático, que é o das prisões. Todavia, tudo parecia ter retornado ao status *a quo* de um Estado Democrático por excelência, mas o ímpeto populista falou mais alto, como veremos a seguir.

⁴ Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

⁵ Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

⁶ Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.

⁷ Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

2 A SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL E SUA (IN)CONSTÂNCIA

Na atual realidade tem-se a constante necessidade de interpretar na literalidade a premissa "mais crime, mais pena", sem maiores problemas em estugar o processo por meio de concessões de prisões a qualquer custo, ainda que haja supressão de garantias para tanto.

Indiscutivelmente que, a onda reformista pela qual o Brasil vem passando nos últimos anos, demonstra apenas posições cada vez mais estreitas entre o juízo técnico e o crivo popular, causadores de pré-julgamentos motivados por indagações evidentemente pautadas em shows midiáticos e com atores pré-escolhidos, já que, mesmo sendo produto do legislativo democraticamente instituído, as normas constitucionais e o art. 283 do Código de Processo Penal foram, no ano de 2019, postas em cheque – novamente - no julgamento das Ação de Declaração de Constitucionalidade n. 43.

A questão posta em debate transgrediu os ditames de uma racionalidade jurídica que padronizava o referencial dos julgamentos (ou assim deveria fazer) penais pelo Poder Judiciário, alcançando controvérsias cada vez mais inflamadas sobre a opinião pública e manifestações populares com crivo de uma discussão que girava em torno de todo contexto de corrupção formado, desde então, buscando a todo custo incriminar a indignidade do exercício de funções públicas e/ou atividades governamentais.

O Autoritarismo passou a ser a bússola para aplicação e interpretação de todo suporte normativo existente, ignorando-se premissas medulares do Estado, muito bem resgatadas pelo Ministro, Celso de Melo, em seu voto na Ação em debate:

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e máximo guardião e intérprete da Constituição da República, garantirá, de modo pleno, às partes de tais processos, na linha de sua longa e histórica tradição republicana, o direito a um julgamento justo, imparcial e independente, em contexto que, legitimado pelos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, repele a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência. (BRASIL, ADC, n. 43, 2016)

Neste sentido, completa o magistrado Paulo Neto em seu estudo sobre Judiciário e Opinião Pública, diferenciando os termos, independência e autonomia:

Não se deve confundir independência com autonomia: a atividade judicial não é "autônoma", porque o juiz deve ser independente mesmo de seus próprios credos e preconceitos autonomamente aceitos. Está correto, contudo, reconhecer a conexão dos deveres de independência e imparcialidade. Se a

independência trata de controlar os móveis do juiz frente a influências estranhas ao direito, proveniente do sistema social, a imparcialidade pode ser definida como a independência frente às partes e ao objeto do processo. Quando as influências externas forem tamanhas a ponto de afetar o modo como o juiz conhece o objeto do processo, a vulneração da independência acarretará também a vulneração da imparcialidade judicial. (NETO, 2012, p. 13)

Contextualmente, a contaminação com fatores externos, qualquer que sejam eles, condicionam e tornam parciais as decisões que deveriam pautar-se, única e exclusivamente, na supremacia da garantia efetiva dos direitos e liberdades do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Aceitar uma interpretação diversa sobre a presunção de inocência, seria como admitir "compulsoriamente" a instalação de um Estado de Exceção, como defendeu AGAMBEN

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, e necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e *praxis* se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. (2004, p. 63)

Somados a todo viés político, intrínseco ao nosso Estado, a (in)segurança jurídica causada pelas mudanças de entendimentos, em relação a execução da pena privativa de liberdade, segue uma cronologia confusa que se baseia em anseios populares, construções democráticas, ideais antidemocráticos e resgate das garantias, respectivamente. Transitamos entre a Carta Constitucional promulgados em 1988, o Habeas Corpus nº 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau, julgado em 5 de fevereiro de 2009, o Habeas Corpus nº 126.292, que em 2016, implicou mudança da jurisprudência sedimentada, como exposto anteriormente, até então sedimentada e por fim, o julgamento das ADC 43.

Como se não fosse suficiente, a surpresa foi maior quando o Superior Tribunal de Justiça no ano de 2017, decidiu em sede de Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 1619087/SC sobre a impossibilidade de execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da condenação, diferindo-se do que, até então, havia sido decidido para em relação as penas privativas de liberdade. Ignorou-se o processo lógico de enunciação de regras implícitas a partir de regras explícitas, onde a sanção mais grave poderia ser executada com a

sentença prolatada em segunda instância, enquanto as de menor gravidade deveriam aguardar o trânsito em julgado (ÁVILA; SOARES; BORRI, 2019).

Parece-nos perene a ideia de que em 32 anos o Estado que se constitui Democrático de Direito e tem como fundamento a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana foi tão vulnerável a contemporizações de desarmonia social. Da mesma maneira, seria utópico crer que a discussão a respeito da Presunção de Inocência findaria-se com aclamação popular e contentamento da sociedade que prega que a "culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior" (AURÉLIO, ADC n. 43, 2016). A preocupação com os efeitos deste descontentamento em momento algum é indagada, não havendo, evidentemente, nenhuma preocupação com o problema da crescente população carcerária brasileira.

2.1 A reação do autoritarismo: proposta de Emenda a Constituição n. 199/2019

O descontentamento com o judiciário brasileiro, em especial com o Supremo Tribunal Federal, ignorou a decisão acerca da necessidade de preservação da presunção de inocência como direito fundamental do cidadão. Buscou-se então, outro caminho que possibilitasse a execução provisória da pena – chamada assim até então - de maneira "legal", recorrendo-se, ao Poder Legislativo como aquele que seria finalmente o "salvador da pátria".

O ímpeto de mudança se fez tão forte, que já no mês de novembro de 2019 foi apresentado pelo Deputado Federal Alex Manente – Cidadania/SP, proposta de Emenda à Constituição n. 199/2018, pela qual, altera-se os arts. 102 e 105, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sob justificativas variadas.

Segundo ele, haveria necessidade de reconfiguração dos Tribunais Superiores, destinatários da proteção e afirmação da Carta da República, além de uma uniformização da interpretação do direito nacional. Contudo, o argumento mais latente ao presente estudo direciona-se ao apelo pelo fim dos Recursos Extraordinário e Especial, vinculando assim, o trânsito em julgado das decisões a apreciação prolatada pelas cortes ordinárias e possibilitando a efetiva execução imediata das penas como satisfação dos interesses jurídicos tutelados nas demandas. (MANENTE, PEC N. 199, 2019).

Todavia, a manobra legislativa se apresenta como uma transposição do conceito de trânsito em julgado, afastando do réu, ainda mais, o seu direito à presunção de inocência e dos Tribunais superiores a responsabilidade por revisar e uniformizar decisões de todas as cortes do Brasil, conforme explica NUCCI:

O Recurso Extraordinário é excepcional e dirigido ao STF, voltado a garantir a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional em face da Constituição Federal, evitando-se que normas constitucionais sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do País. (2011, p. 912)

(...)

O Recurso Extraordinário é excepcional e dirigido ao STJ voltado a garantir a aplicação da legislação infraconstitucional, tendo por foco comparativo o disposto em leis federais, evitando-se que estas sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do país, além de se buscar evitar que interpretações divergentes, acerca de legislação federal, coloquem em risco a unidade e a credibilidade do sistema federativo. (2011, p. 914)

Com a aprovação da PEC, afastaria-se a natureza recursal das ações dirigidas aos Tribunais Superiores. Em seu lugar, elas passariam a vigorar em caráter revisional, possibilitando que a pessoa condenada em Segunda Instância iniciasse o cumprimento da pena logo após a decisão. Incurreríamos, assim, no agravamento de adversidades que deveríamos buscar resolver, como as ofensas diretas as garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal, consideradas cláusulas pétreas. Despreza-se aqui, a limitações de ordem material ao Poder Constituinte Reformador.⁸

Ao contrário do que se almeja, o projeto não traz consigo a sonhada Segurança Jurídica as ações penais, muito pelo contrário. Primeiramente, esbarra-se no caso do réu ser absolvido pelo júzo de primeira instância e condenado em sede de apelação, por meio de uma sentença reformadora. Obrigatoriamente, ele começaria a cumprir - imediatamente - sua pena e restaria prejudicado seu exercício da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal). Por outro lado, a incongruência seria ainda mais evidente nos casos de réus que são, originalmente, julgados pelos tribunais de Segunda Instância em razão do foro privilegiado, passando também a cumprir a pena - de imediato – caso condenados, em flagrante violação a presunção de inocência.

Portanto, em nosso Estado Democrático este princípio está estritamente ligado ao modelo de recursos judiciais, não sendo plausível analisá-los em separado sob pena de esbarrarmos em prejuízos irreversíveis, tanto práticos como legais. A suposta celeridade

⁸ Trata-se de garantias ao próprio Estado Democrático de Direito, vez que pretendem assegurar a identidade ideológica da Constituição, evitando a violação à sua integridade e a desnaturação de seus preceitos fundamentais. Protegem, em verdade, seu núcleo intangível. Têm efeito positivo, pois não podem ser alteradas através do processo de revisão ou emenda, sendo intangíveis, logrando incidência imediata. Possuem, noutro prisma, efeito negativo pela sua força paralisante, absoluta e imediata, vedando qualquer lei que pretenda contrariá-las. (NOGUEIRA, 2005, p. 83)

processual que se almeja não pode ter o condão de substituir o necessário trâmite das demandas, antecipando uma condenação completamente passível de reforma.

2.2 A lei 13.964/2019 e suas violações as normas constitucionais

Os debates sobre violência, segurança pública e sistema de justiça criminal no Brasil carecem, desde muito tempo, de uma análise que se distancia do populismo penal e suas apostas em estratégias punitivista, enviesada a aqueles que vivem a margem da sociedade.

Entretanto, no mês de dezembro de 2019 foi sancionada a Lei denominada de "pacote anticrime", que acabou por apresentar algumas soluções fakes para problemas que são reais e graves, já que para sua elaboração ignorou-se a necessidade de realização de um estudo de impacto social e econômico, bem como a indicação da fonte orçamentaria que suportaria os futuros gastos resultantes de sua formulação. (ABRACRIM, et al, 2019)

Como resultados, as alterações legislativas confluíram para a prática de uma política criminal e penitenciária punitiva e repressiva, quando, o que se esperava eram políticas públicas inclusivas. Nesse sentido pontua o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais:

Em uma sociedade carente de mínimos direitos humanos, não é possível que o Estado Brasileiro atue dessa maneira. Trata-se de uma forma de punir ainda mais a população, atuando mediante uma “cegueira estatal deliberada”, na qual os fins dos seus propósitos escusos de encarceramento em massa justificam plena e totalmente os meios para tal realização. (2019)

Com isso, a presunção de inocência, objeto do presente estudo, foi atingida diretamente pelas alterações promovidas no Código de Processo Penal, especificamente com a alteração do art. 492, I, "e" que passou a vigorar com a seguintes redação

Art.492.

I (...)

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (BRASIL, 2019)

A inclusão da possibilidade de execução provisória da sentença no caso das condenações a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão traz à tona, novamente, a flagrante inconstitucionalidade ao tratar o réu como culpado, executando antecipadamente a sua pena, sem respeito ao marco do trânsito em julgado, vez que os procedimentos do Tribunal do Júri são passíveis de apelação, que podem tratar tanto de questões formais, quanto de mérito e ensejando a possibilidade de um novo júri para um necessário reexame probatório ou procedimental. (ANADEP, 2019)

A flagrante inconstitucionalidade é clara. Reduziu-se o duplo grau de jurisdição, transpondo inúmeras regras do sistema recursal do tribunal do júri, sobrepondo o princípio da soberania dos veredictos em relação a normativas constitucionais.

No caso, aplicando-se a mesma lógica, através de uma análise hipotético-dedutiva, é possível compreender que se para todos os crimes existe a garantia do duplo grau de jurisdição, logo, a impossibilidade de execução antecipada da pena, o problema se torna ainda maior quando isso ocorre logo após a decisão em primeiro grau, por meio de uma decisão exarada por um corpo de jurados e de forma imotivada.

4 DOS REFLEXOS DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA E/OU IMEDIATA DA PENA NO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Por óbvio que, a ala punitivista do Congresso Nacional apoiada em uma parcela da sociedade civil que possui o ímpeto de talião intrínseco transformou a execução imediata da pena - com a conseqüente alteração da natureza recursal a todo custo – em uma resposta ao subliminar estado de impunidade que supostamente passou a reinar no país após a declaração de constitucionalidade do art. 283 do código de Processo Penal.

Contudo, aquém das discussões de cunho processual, esbarramos também uma problemática que traduz com exatidão os reflexos práticos da aprovação desta PEC, qual seja: "Em um sistema (prisional) que o Supremo reconheceu e declarou ser incapaz de observar os direitos humanos mínimos dos presos, por que nós temos que antecipar a punição?" (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019). O sistema carcerário brasileiro, ocupa a terceira colocação como maior população carcerária do mundo, mergulhado em uma crise eminente de *deficit* de vagas.

Sobre o tema, o professor Ivar A. Hartmann, juntamente com outros pesquisadores, realizou no ano de 2016 um estudo sobre "O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da

Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP", que desde logo demonstrava a sua preocupação a mudança

Além dos debates teóricos, a decisão de que se trata produz efeitos práticos cuja mensuração é relevante para a apuração de seus resultados concretos. Isto porque ela impacta, principalmente, um número de réus em processos penais correntes que se encontram em sede de apelação, e que passam, imediata e concomitantemente, a serem passíveis de encarceramento. Ainda, sendo imediata a possibilidade de execução da pena de prisão destes indivíduos (antes adstrita à materialização da coisa julgada), verifica-se também um potencial impacto desta decisão nas capacidades físicas e institucionais do sistema carcerário brasileiro. (HARTMANN et al, 2016)

Neste mesmo sentido, tornando "efetivo" o cumprimento da pena por meio de alterações dos art. 102 e 105, esbarraríamos nos mesmo resultados práticos, ou seja, o aumento exponencial dos encarcerados, sob pena de colapsar todo sistema prisional.

De acordo com os dados mais recentes coletados pelo BNMP 2.0 (Banco Nacional de Monitoramento de Presos), ferramenta desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça com o intuito de mapear a população carcerária brasileira criando um Cadastro Nacional de Presos, até o mês de março de 2020 o total de pessoas privadas de liberdade no país era de, aproximadamente, 860 mil, dos quais 40,02% (CNJ, 2020), eram presos provisórios. Em contraponto, a taxa de ocupação dos presídios brasileiros na mesma época era de 165,72%, considerando a existências de 1.408 estabelecimentos prisionais no Brasil (CNPM, 2020).

O quadro do encarceramento em massa é alimentado por *contradictio in adjectio*, onde a execução provisória e/ou antecipada da pena (se aprovada a PEC 199/2019) terá subjetivamente seu caráter definitivo, uma vez que tendo sua liberdade suprimida, a mesma jamais será restituída em caso de absolvição ou revisão. Outrossim, ignora-se o risco de vida que aumenta cinco vezes, o de contrair tuberculose, que é vinte e oito vezes maior e a possibilidade de contaminação pelo HIV, que chega a ser de sessenta vezes mais (MIRANDA; RANGEL; MOURA, 2016).

Torna-se um disparate jurídico desconsiderar todos estes riscos sob a égide do argumento de uma possível indenização estatal (SANTOS, 2019), ainda muito utópica para aqueles que já foram condenados inocentemente.

A racionalização do sistema penal deveria preocupar-se com a formulação de propostas legislativas que visem amenizar os impactos do crescente número de presos em relação a quantidade e qualidade dos estabelecimentos prisionais, não o contrário. É corolário da lógica e da razoabilidade a necessidade de um aumento no número de pessoas colocadas em

liberdade, seguindo o devido processo legal que necessita urgentes reformas. O caminho a ser percorrido não pode admitir voltarmos a um status *a quo* escorados em uma superpopulação carcerária ou então viveremos em eterno estado de coisa inconstitucional⁹.

Por essas razões, há também a necessidade de delimitações de políticas criminais, a serem aplicada como política pública. De imediato, importante entendermos o conceito desta última, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de seus resultados. (2006. p. 39.)

Com as devidas pormenorizações acerca do tema, relevante considerarmos, para o presente estudo, que no Brasil uma política criminal é de fato considerada uma política pública, onde seus projetos devem ser efetivados como tal, desenhados com o suporte da Constituição Federal, ainda que não aponte um modelo exato a ser adotado, propiciando a construção por meio de uma legislação penal ordinária que vise o controle da expansão do *jus puniendi*, por meio de movimentos políticos criminais (FERREIRA, 2016) preocupados em solucionar os maiores problemas enfrentados, no caso, o encarceramento em massa.

Evidentemente que, a celeridade das alterações almeçadas e as políticas criminais em discussão coadunam com o que se esperado de um Processo Penal que preze pelos direitos humanos e garantia dos direitos fundamentais. O aumento no número de vagas seria a solução mais adequada, vez que os números relacionados a taxa de ocupação nos presídios são assustadores, entretanto, sendo esta uma visão ainda muito utópica, se faz necessário – com urgência – que as normas constitucionais sejam respeitadas, principalmente em relação a

⁹ Há, efetivamente, no Brasil, um claro e indisfarçável “estado de coisas inconstitucional” resultante – tal como denunciado pelo PSOL – da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal e que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República. O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, que se destina – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). (BRASIL, 2015)

presunção de inocência, devendo servir de suporte para a criação de novas leis, como deveria ter sido feito com a lei 13.964/19, especificamente em seu art. 492, I, "e" do Código Processual Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ignorância acerca da norma constitucional da Presunção de Inocência com a execução provisória e/ou antecipada da pena após condenação em segunda instância, traz à tona a problemática do encarceramento em massa, que por sua vez, merece uma atenção especial dos operadores do direito.

As diversas considerações levantadas sobre o precedente levantado pelo HC demonstraram que não há qualquer racionalidade, tampouco preocupação constitucional com a ideia basilar da Presunção de Inocência. Seria como se a semântica dada ao inciso LVII do art. 5º durante 32 anos tivesse sido alterada por uma interpretação que ignorasse totalmente a condução do processo penal na sua fase de execução, causando preocupação aos atores do direito penal e processual penal, visto que esta deveria ser aplicada em nosso ordenamento como a *ultima ratio*.

Neste mesmo raciocínio, a inovação legislativa trazida pelo Projeto de Lei n. 199/2019, tenta, por óbvio, afastar a natureza recursal que possibilita o exercício da ampla defesa e do contraditório em sede dos tribunais superiores, substituindo-a por um caráter revisional que demonstra latentes lacunas a esta alteração, no plano normativo, além de ser absolutamente equivocada, vez que, emenda constitucional não tem o condão de modificar cláusula pétreas, tornando impossível a alteração do conceito de presunção de inocência. Para isso, seria necessária uma nova Constituinte, fato que se demonstra utópico na atual conjuntura.

No mesmo sentido, a lei 13.964/2019 também trouxe inovações que se chocam diretamente com o objeto do presente estudo, vez que a possibilidade de execução provisória da pena no caso das condenações a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos em Tribunal do Júri ignora o marco final do trânsito em julgado, além do duplo grau de jurisdição possibilitado a prisão logo após a decisão de um corpo de jurado, que é feita de forma imotivada.

Noutras palavras, a possibilidade de cumprimento antecipado da pena sem o trânsito em julgado, ignora o marco temporal expresso de forma clara no artigo 5º, sob justificativas que não se atentam a mutilação arbitrária que estão causando ao "redefinirem" este conceito. Nesta mesma linha segue a alteração proposta, já que estaríamos diante de uma mutação do conceito de trânsito em julgado, sendo agora trazido para as segundas instâncias.

Somados a isso, os efeitos práticos destas inovações revelam-se como os verdadeiros problemas a serem enfrentados pelas políticas criminais, uma vez que já somos a terceira maior população carcerária do mundo, carecendo de urgentes mudanças de paradigmas sob pena de entrarmos em um colapso total.

Ao ignorar o valor da pessoa humana inserida no cárcere, legitimaríamos um discurso motivado pelo poder punitivo, propiciando todas as condições para a elaboração de políticas criminais baseadas na exclusão e destituição da condição de cidadão, passando a considera-los "inimigos" frente a uma guerra eterna que permitiria a execução da pena (de morte) sem o devido processo. (CARVALHO, 2009)

Com efeito, as alterações legislativas propostas pelos movimentos políticos criminais apesar de ignoradas pela Lei 13.964/2019 são exemplos práticos que trazem na sua essência uma presteza quanto a procedimentalização nos casos de progressão de regime. Além disso, com a impossibilidade de regressão de regime ao menos gravoso que o seu inicial e a viabilidade de substituição da pena por prisão albergue domiciliar sempre que a pessoa presa estiver em regime prisional mais gravoso que o imposto judicialmente por alegada ausência de vagas no regime prisional demonstra-se a preocupação com a diminuição dos números alarmantes relacionados ao sistema carcerário.

Portanto, a Presunção de Inocência constitui dispositivo indispensável à concretização do devido processo penal, devendo servir de bússula ao despreparo causado pelos anseios do poder punitivista, seja no poder Judiciário ou no poder Legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRACRIM, et al. *Carta Aberta às Senadoras e aos Senadores da República*. Disponível em: <http://pbpd.org.br/pacote-anticrime-carta-aberta-as-senadoras-e-aos-senadores-da-republica/>. Acesso em 19 mar 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *O Estado de Exceção como paradigma de governo*. São Paulo: Boi Tempo, 2004.

ANADEP. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5881168> . Acesso em: 19 de mar 2020.

ÁVILA, Gustavo N.; SOARES Rafael J.; BORRI, Luiz A. *Slippery Slope, A Presunção De Inocência E Sua Evolução Na Visão Do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise A Partir Dos Direitos Humanos, Fundamentais E De Personalidade*. Revista do Programa de Pós

Graduação em Ciências Jurídicas. Universidade Federal da Paraíba. Set – Dez, 2019, p.274-298

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Penal. Decreto lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0*. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA. Acesso em 11 de junho de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos*. Brasília, Agosto-2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 19 jun. 2019

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Pesquisas abordam relação entre vulnerabilidade, imprensa e prisões*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-abordam-relacao-entre-vulnerabilidade-imprensa-e-prisoas/> Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Número. Disponível em: <https://www.cntp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12922-projeto-sistema-prisional-em-numeros-mostra-taxa-de-ocupacao-de-165-nos-presidios-brasileiros>. Acesso em 19 mar. 2019

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 15 de mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Decisão nº 126.292*. Relator: MIN. TEORI ZAVASCKI. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43.: MIN: CELSO DE MELO. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC43MCM.pdf>. Aceso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43. Relator: MIN: Marcos AURÉLIO. Brasília, DF, 2019. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Aceso em: 10 fev. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relator pretende estender a antecipação do trânsito em julgado a todo o sistema judicial*; OAB contesta. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/646509-relator-pretende-estender-a-antecipacao-do-transito-em-julgado-a-todo-o-sistema-judicial-oab-contesta/>. Acesso em 19 mar. 2020

CARVALHO, Raphael Boldt de. *Mídia, Legislação Penal Emergencial e Direitos Fundamentais*. 2009. 171 f. Dissertação. (Mestrado em direitos e garantias fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp116478.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. *O Estudo de Impacto Legislativo como Estratégia de Enfrentamento a discursos punitivos na Execução penal*. 2016. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20344/1/2016_CarolinaCostaFerreira.pdf. Acesso em: 15 jun 2019.

HARTMANN, Ivar A; et al. *O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre Execução da Pena antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/SP*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-fgv-presuncao-inocencia.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 1913.

IBCCRIM. *Projeto de Lei Anticrime e seus desejos de encarceramento em massa como solução analgésica de uma política criminal fadada ao fracasso*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/73>. Acesso em: 22 mar. 2020.

JÚNIOR, Aury Lopes; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Parecer Presunção de Inocência*. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf

MIRANDA, A. E.; RANGEL, C.; MOURA, R.C. (org.). *Questões sobre a população prisional no Brasil: Saúde, Justiça e Direitos Humanos*. Vitória, 2016 Disponível em: http://proex.ufes.br/sites/proex.ufes.br/files/field/anexo/versao_com_isbn.pdf. Acesso em 28 jun. 2019.

NETO, Paulo Mário C. T. *Judiciário e opinião pública: os limites do marketing judicial*. Curso Modular de Administração da Justiça. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, pp. 439-64.

NOGUEIRA, Cláudia de Goes. *A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 42 n. 166 abr./jun. 2005, pp. 79-94.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Presunção de inocência e inconstitucionalidade da prisão em 2º grau*. Boletim - 316 – março de 2019. São Paulo. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6296-Presuncao-de-inocencia-e-inconstitucionalidade-da-prisao-em-2o-grau. Acesso em 20 de jun de 2019.

SARKIS, Jamilla; VIANNA, Túlio. *Execrando suspeitos para atrair audiência: o uso de concessões públicas de TV para a prática de violações do direito constitucional à imagem*. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade [Orgs]. *Ciências Criminais em debate – Perspectivas interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 254.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.