

**Excelentíssimo Presidente da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)**

**Dr. Márcio Gaspar Barandier**

**Referência:** Indicação nº 01/2019: Elaboração de Parecer sobre o denominado “Projeto de Lei Anticrime” do Governo Federal, apresentado publicamente pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça

**EMENTA:** “Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Inteligência do art. 283 do Código de Processo Penal. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar e em caráter excepcional.

#### **1- Considerações gerais:**

Trata-se de anteprojeto de lei, denominado “Anticrime”, apresentado pelo Ministro da Justiça, que altera, o Código de Processo Penal (CPP), o Código Penal (CP), a Lei de Execução Penal, Lei de crimes Hediondos, Lei de Drogas, Lei de organização criminosa, Lei de Armas, Lei de Improbidade, Código Eleitoral, Lei de Interceptação Telefônica, Lei de Lavagem de Dinheiro, Lei sobre transferência e inclusão de presos em estabelecimentos federais de segurança máxima, na identificação criminal.

Embora o pacote “Anticrime” proponha a alteração de 14 leis, apresenta-se, tão somente, como “medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa” (art. 1º).

Verifica-se, por uma análise global, que o anteprojeto parte da ultrapassada fórmula de que o recrudescimento da pena, a criação de novos tipos penais, a mitigação de direitos e garantias e o endurecimento da execução penal, levarão à redução da violência e da criminalidade.

A experiência legislativa demonstra, inequivocamente, que não há relação alguma entre leis que privilegiaram o endurecimento do sistema penal com a redução da criminalidade (vide a Lei 8.072/90 – crimes hediondos). Pelo contrário, medidas baseadas na política-criminal da lei e da ordem e de um direito penal simbólico tem levado ao encarceramento em massa, principalmente dos mais vulneráveis, e ao colapso do sistema penal. Não é demais martelar que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do planeta e a que mais cresce proporcionalmente.

## **2- Das “Medidas para assegurar a execução provisória da condenação criminal após julgamento em segunda instância”**

A primeira medida apresentada pelo Ministro da Justiça é justamente a que diz respeito a possibilidade de execução antecipada da pena.

Inicialmente o projeto prevê mudanças no Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a **execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias**, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. (grifamos)

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.” (NR)

“Art. 637. O recurso extraordinário e o recurso especial interpostos contra acórdão condenatório não terão efeito suspensivo.

§ 1º Excepcionalmente, poderão o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial, quando verificado cumulativamente que o recurso:

.....

Antes da análise da proposta do Ministro da Justiça, necessário lembrar que tramita perante o STF as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 que postulam a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que prevê:

“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Apesar do julgamento das referidas ADCs está pautado para o próximo dia 10 de abril, o autor do projeto propõe – desconsiderando uma eventual decisão do STF pela constitucionalidade do art. 283 do CPP – modificação na lei a fim de admitir a execução provisória (antecipada) da pena.

De acordo com o projeto, o art. 283 do CPP passaria a ter a seguinte redação:

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

A proposta do Ministro da Justiça é, para dizer o mínimo, uma desconsideração com o STF, já que as referidas ADCs, que tratam da matéria, ainda serão julgadas pelo Supremo. Salienta-se, que o princípio da presunção de inocência insculpido no título que trata dos direitos e garantias fundamentais da Constituição constitui cláusula pétrea que não pode ser alterada nem mesmo por emenda constitucional.

Note-se que o próprio projeto, ao admitir, ainda que excepcionalmente, a possibilidade do tribunal “*deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação*” (parágrafo 1º do art. 617 da redação do projeto) e, de igual modo, proclamando que tanto o STF (Supremo Tribunal Federal) como o STJ (Superior Tribunal de Justiça) poderá “*atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário e ao recurso especial*”, acaba por reconhecer que as decisões, mesmo as proferidas na 2ª instância, estão sujeitas a serem modificadas pelos tribunais superiores.

O que é tratado como “*excepcionalidade*” deveria ser tratado como regra. Ou seja, sempre que o recurso for plausível, a inconstitucional execução provisória da pena deve ser suspensa.

Daí porque não há - sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência – como se admitir a execução provisória (antecipada) da pena sem que se tenha esgotado toda a via recursal e que tenha, portanto, transitado em julgado a sentença penal condenatória.

Contudo, verifica-se que o efeito suspensivo dos recursos deixa de ser uma questão de legalidade e passa a ficar completamente subordinado ao campo de discricionariedade dos juízes (arts. 421, §§ 3º e 6º, 617, § 1º, 637, §§ 1º e 2º, do CPP).

O projeto “anticrime”, calcado na sanha punitivista, também, afronta o princípio da presunção de inocência ao permitir que o juiz presidente do Tribunal do Júri determine a imediata prisão do condenado, independente de recurso para segunda instância. Aqui, a execução da pena é antecipada para uma decisão precária e de primeiro grau.<sup>1</sup>

Contrariando jurisprudência do STJ e do STF o projeto altera a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) a fim de que as penas restritivas de direito passem, também, a serem executadas antes do trânsito em julgado em mais uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência.<sup>2</sup>

### 3- Da Presunção de Inocência:

A Constituição da República proclama que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (art. 5º, LVII da CR)<sup>3</sup>. Consagrando assim, o princípio da presunção de inocência.

---

<sup>1</sup> "Art.492.....  
I - .....  
e) determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e pecuniárias, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (NR)  
<sup>2</sup> "Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos ou determinada a execução provisória após condenação em segunda instância, 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." (NR)

<sup>3</sup> Segundo Gustavo Badaró, “Certamente, a fonte inspiradora tal dispositivo foi a Constituição italiana de 1948: *L'imputato non è considerato colpevole sino Allá condanna definitiva*”. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.60.

O princípio da presunção de inocência remonta ao direito romano. Na Idade Média o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam na época, chegando mesmo a ser invertido já que a dúvida poderia levar a condenação. Contudo, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 refletindo uma nova concepção do direito processual penal. Uma reação dos pensadores iluministas ao sistema persecutório que marcava o antigo regime, no qual a confissão - “rainha das provas” - era obtida através da tortura, de tormentos e da prisão.

Segundo LUIGI FERRAJOLI o princípio da presunção de inocência é correlato do princípio da jurisdicionalidade (jurisdição necessária). Para FERRAJOLI *“se é atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”*. Mais adiante o respeitável jurista italiano assevera que o princípio da presunção de inocência é um princípio fundamental de civilidade *“fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”*.<sup>4</sup> Na Itália informa, ainda, FERRAJOLI, com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou em profunda crise. Os freios contra os abusos da prisão preventiva deixaram de existir em nome da *“segurança processual”* e da *“defesa social”*, sendo considerada a mesma indispensável sempre que o crime tenha suscitado *“clamor público”*.<sup>5</sup>

Em tese de doutoramento, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO assevera que: *“À luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação, como sucede nas hipóteses de prisão obrigatória, em que a imposição da medida independe da verificação concreta do periculum libertatis”*.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>6</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.

Notadamente, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência, é que se verifica a excepcionalidade da prisão cautelar/provisória - em qualquer das suas modalidades - conforme o STF (Supremo Tribunal Federal) já decidiu:

A prisão cautelar, que tem função exclusivamente instrumental, não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade somente se justifica em hipóteses restritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos à sua decretação pelo Poder Judiciário (STF – 2ª T. HC 80.379-2 – Rel. Celso de Mello).

Como bem salientou o eminente ministro CELSO DE MELLO:

Nenhum dos Poderes da República pode submeter a Constituição a seus próprios desígnios, ou a manipulações hermenêuticas, ou, ainda, a avaliações discricionárias fundadas em razões de conveniência ou de pragmatismo, eis que a relação de qualquer dos Três Poderes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de incondicional respeito, sob pena de juízes, legisladores e administradores converterem o alto significado do Estado Democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder (Habeas Corpus 152.752).

O processo penal, conforme ressalta AURY LOPES JR., não pode ser visto hoje como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, mas, também, como aquele que cumpre o imprescindível papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Urge que se compreenda, definitivamente, que “*o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso*”.<sup>7</sup>

Neste diapasão, o princípio da presunção de inocência é direito e garantia fundamental próprio de um processo penal democrático e de Estados comprometidos com a dignidade da pessoa humana.

#### 4- Conclusão:

No Estado de direito é inadmissível, intolerável e inaceitável flexibilizar direitos e garantias individuais em nome do combate deste ou daquele delito. A investigação, a

---

<sup>7</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



acusação e o julgamento devem ser orientados pelos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, do juiz imparcial, da proibição de prova ilícita, da proporcionalidade etc.

O processo penal, verdadeiramente comprometido com o Estado democrático de direito, deve ser dirigido, antes de tudo, para a garantia e realização dos direitos fundamentais, e que tem como objeto a limitação do poder punitivo estatal. O processo penal acusatório - único compatível com a democracia - deve ser balizado e interpretado conforme a Constituição da República e não o contrário.

Assim, diante de tudo que foi exposto opino pela inconstitucionalidade do denominado “Projeto de Lei Anticrime” no que concerne aos dispositivos que afrontam o princípio da presunção de inocência consagrado na Constituição da República que proclama que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (art. 5º, LVII da CR).

Este é o parecer,

S.M.J.

Belo Horizonte p/ Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2019.

**Leonardo Isaac Yarochevsky**