

**FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU**

**DIREITO**

**Everton Cavalcante**

**A LEI 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”) E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO  
JÚRI**

**Bauru  
2020**

**Everton Cavalcante**

**A LEI 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”) E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO  
JÚRI**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito, sob a orientação do Professor  
Me. Márcio José Alves.**

**Bauru  
2020**

Cavalcante, Everton

A Lei 13.964/2019 ("Pacote Anticrime") e a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena em condenação do Tribunal do Júri. Everton Cavalcante. Bauru, FIB, 2020.

81f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Professor Me. Márcio José Alves

1. Execução provisória da pena. 2. Pacote Anticrime. 3. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

**Everton Cavalcante**

**A LEI 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”) E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE  
DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM CONDENAÇÃO DO TRIBUNAL DO  
JÚRI**

**Monografia apresentada às  
Faculdades Integradas de Bauru para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito,**

**Bauru, 08 de janeiro de 2021**

**Banca Examinadora:**

**Presidente/ Orientador: Me. Márcio José Alves**

**Professor 1: Me. Carlos Reis da Silva Júnior**

**Professor 2: Me. Bazílio Alvarenga Coutinho Júnior**

**Bauru  
2020**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e pelo amparo para trilhar essa jornada. Agradeço à minha família, aos meus amigos e de modo especial à minha esposa, Ana Paula, pelo amor, apoio e compreensão, diante das horas de lazer que foram dedicadas a construção deste trabalho

Agradeço ao meu orientador, Professor Me. Márcio José Alves, pelo incentivo no desenvolvimento do tema, pela paciência, pelas sugestões e correções que muito enriqueceram esta pesquisa.

Agradeço a Professora Dra. Maria Cláudia Zaratini Maia que, sempre solícita e com muita gentileza, prestou um excelente e fundamental auxílio aos alunos, principalmente para a adequação do trabalho às normas técnicas.

Agradeço também, de maneira especial, ao Professor Dr. Silvio Carlos Alvares, meu amigo e com quem tenho a honra e o prazer de trabalhar. Agradeço por sua generosidade e por todos os seus conselhos, pois foram fundamentais ao desenvolvimento desta monografia.

Por fim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento, pessoal e profissional, minha eterna gratidão!

*A palavra do Senhor é reta, em todas as suas obras resplandece a fidelidade: ele ama a justiça e o direito, da bondade do Senhor está cheia a Terra. (Salmo 32)*

CAVALCANTE, Everton. **A Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) e a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena em condenação do Tribunal do Júri.** 2020 81f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

## RESUMO

A execução provisória da pena após a condenação pelo Tribunal do Júri, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme nova redação da alínea “e”, do inciso I, do art. 492 do Código de Processo Penal, conferida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, é o objetivo desta pesquisa. O debate em torno do tema é de fundamental interesse da sociedade, por envolver direitos e garantias fundamentais. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental em torno do tema buscou-se aferir a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade da execução provisória de pena. A proteção constitucional do princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade. O processo e o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Inexistência de conflito com a garantia constitucional da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri. Possibilidade de decretação da prisão preventiva como alternativa à execução provisória. Requisitos para a prisão preventiva: *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54/DF pelo Supremo Tribunal Federal. A inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância para início de cumprimento de pena. A posição majoritária e os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal frente a prisão em Segunda Instância. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção de inocência. A soberania dos veredictos não é um argumento válido para justificar a execução provisória da pena. Nenhuma sentença é irrecorrível. A supressão ou mitigação de alguma garantia fundamental representa um prejuízo para toda a sociedade.

**Palavras-chave:** Execução provisória da pena. Pacote Anticrime. Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

CAVALCANTE, Everton. **A Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) e a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena em condenação do Tribunal do Júri.** 2020 81f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

### ABSTRACT

The provisional execution of the sentence after being sentenced by the Jury Court, in the case of sentencing to a sentence equal to or greater than 15 (fifteen) years of imprisonment, according to the new wording of item “e”, item I, of article 492 of the Criminal Procedure, conferred by Law No. 13.964/2019, known as “Anticrime Package”. The debate around the topic is of fundamental interest to society, as it involves fundamental rights and guarantees. Through bibliographic and documentary research around the theme, we sought to assess the constitutionality, or the unconstitutionality of the provisional execution of sentences. The constitutional protection of the principle of the presumption of innocence, or the principle of non-culpability. The prosecution and prosecution of intentional crimes against life. No conflict with the constitutional guarantee of the sovereignty of the verdicts in the Jury Court. Possibility of decreeing preventive detention as an alternative to provisional execution. Requirements for pre-trial detention: *fumus commissi delicti* and the *periculum libertatis*. The judgment of the Constitutionality Declaratory Actions 43, 44 and 54 / DF by the Federal Supreme Court. The unconstitutionality of the prison after a second instance conviction to begin serving a sentence. The majority position and the defeated votes in the Supreme Court before the second instance arrest. The unconstitutionality of the provisional execution of the sentence against the principle of the presumption of innocence. The sovereignty of verdicts is not a valid argument to justify the provisional execution of the sentence. No sentence is unappealable. The suppression or mitigation of some fundamental guarantee represents a loss for the whole society.

**Keywords:** Provisional execution of the sentence. Anticrime Package. Principle of the presumption of innocence or non-culpability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Dos princípios constitucionais</b>	<b>12</b>
<b>2.2</b>	<b>O Processo Penal no Estado Democrático de Direito</b>	<b>14</b>
<b>2.3</b>	<b>Conceito e evolução histórica do princípio da presunção de inocência</b>	<b>15</b>
<b>3</b>	<b>DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA</b>	<b>18</b>
<b>3.1</b>	<b>Origem histórica do Tribunal do Júri</b>	<b>18</b>
<b>3.2</b>	<b>Dos princípios constitucionais do júri</b>	<b>20</b>
<b>3.2.1</b>	<b>Plenitude de defesa</b>	<b>20</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Sigilo das votações</b>	<b>21</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Soberania dos veredictos</b>	<b>22</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida</b>	<b>23</b>
<b>3.3</b>	<b>Procedimento bifásico do júri</b>	<b>24</b>
<b>3.4</b>	<b>Primeira fase - "jus ou judicium accusationis"</b>	<b>24</b>
<b>3.5</b>	<b>Segunda fase- "jus ou judicium causae"</b>	<b>29</b>
<b>3.5.1</b>	<b>Organização do Júri</b>	<b>29</b>
<b>3.5.2</b>	<b>Da reunião e das Sessões do Tribunal do Júri</b>	<b>31</b>
<b>3.5.3</b>	<b>Formação do Conselho de Sentença</b>	<b>32</b>
<b>3.5.4</b>	<b>Instrução em Plenário</b>	<b>34</b>
<b>3.5.5</b>	<b>Debates</b>	<b>35</b>
<b>3.5.6</b>	<b>Sentença</b>	<b>37</b>
<b>4</b>	<b>DA PRISÃO PREVENTIVA</b>	<b>39</b>
<b>4.1</b>	<b>Conceito e fundamentos da prisão</b>	<b>39</b>
<b>4.2</b>	<b>Momento para a decretação da prisão preventiva</b>	<b>40</b>

<b>4.3</b>	<b>Pressupostos para decretação da prisão preventiva</b>	<b>43</b>
<b>4.3.1</b>	<b><i>Fumus Commissi Delicti</i></b>	<b>44</b>
<b>4.3.2</b>	<b><i>Periculum Libertatis</i></b>	<b>45</b>
<b>4.4</b>	<b>Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva</b>	<b>47</b>
<b>4.5</b>	<b>Circunstâncias impeditivas da prisão preventiva</b>	<b>49</b>
<b>4.6</b>	<b>Revogação da prisão preventiva e sua revisão periódica</b>	<b>50</b>
<b>5</b>	<b>A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA “E” DO INCISO I DO ART. 492 DO CPP INSTITUÍDO PELA LEI Nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b>	<b>53</b>
<b>5.1</b>	<b>A Lei nº 13.964/2019</b>	<b>53</b>
<b>5.2</b>	<b>O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 / Distrito Federal</b>	<b>54</b>
<b>5.3</b>	<b>A posição majoritária do STF frente a prisão em segunda instância</b>	<b>56</b>
<b>5.4</b>	<b>Os votos vencidos no STF frente a prisão em segunda instância</b>	<b>64</b>
<b>5.5</b>	<b>A inconstitucionalidade presente</b>	<b>70</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>76</b>
<b>7</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>79</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, provocou uma verdadeira reforma no sistema penal brasileiro, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal, e outras leis penais, como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), dentre outras. Muitas dessas alterações são polêmicas e têm dividido a opinião de juristas e estudiosos do direito.

Uma das alterações mais importantes foi a do rito procedimental dos crimes afetos ao Tribunal do Júri. A nova redação da alínea “e”, do inciso I, do art. 492 do Código de Processo Penal, determina a prisão obrigatória do réu, com a execução provisória da pena em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, ainda que haja a interposição de eventual recurso.

Com isso, duas garantias constitucionais parecem conflitar: de um lado a presunção de inocência ou não culpabilidade, que estabelece que todos são inocentes até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; e de outro a soberania dos veredictos, que não permite que a decisão dos jurados seja modificada quanto ao seu mérito, por Tribunais Superiores. Diante disso, surge a seguinte questão: poderia uma garantia constitucional ser violada para que outra prevaleça?

O debate em torno do tema é de fundamental importância e interesse de toda a sociedade, na medida em que envolve garantias individuais e fundamentais, direitos conquistados ao longo de séculos, sendo que a supressão ou mitigação de alguma dessas garantias representa um prejuízo para toda a coletividade. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental em torno do tema, um longo caminho foi percorrido buscando aferir a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade da recente alteração legislativa.

Em um primeiro momento desta pesquisa abordamos o princípio da presunção de inocência, envolvendo o conceito e a evolução histórica dessa importante garantia constitucional. Em um segundo momento, é dissecado o

Tribunal do Júri, seu procedimento para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, bem como os princípios constitucionais exclusivos desse importante instituto.

Em seguida, são analisados os requisitos e as hipóteses de decretação da prisão preventiva, uma prisão de natureza cautelar que pode representar uma alternativa à execução provisória da pena. Finalizando o estudo, analisa-se a constitucionalidade da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção de inocência, levando-se em consideração o recente julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a prisão após condenação em segunda instância.

## 2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 2.1 Dos princípios constitucionais

Antes de adentrarmos especificamente na compreensão do significado do termo “princípios constitucionais”, é imperativo, ainda que de maneira sucinta, conhecer o significado e a importância da expressão “Constituição”. Conforme o Mini Dicionário Aurélio, a palavra “Constituição” tem vários significados, tais como:

1. Ato ou efeito de constituir(-se). 2. Modo por que se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização. 3. Lei fundamental num Estado, que contém normas sobre a formação dos poderes públicos, direitos e deveres dos cidadãos, etc.; carta constitucional (FERREIRA, 2010, p. 192).

Todos esses conceitos são parecidos e trazem a ideia de “modo de ser de alguma coisa”. Portanto a Lei Maior de um Estado deve traduzir o modo de ser daquela sociedade, deve conter normas que definem sua organização política, regras que definem a competência e limitam a atuação dos poderes públicos. De igual modo, deve estabelecer os direitos e deveres de seus cidadãos e, principalmente, trazer de maneira expressa em seu texto os direitos e garantias fundamentais do ser humano. José Afonso da Silva, com propriedade ímpar, assim define o termo “Constituição”:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2016, pg. 39-40).

A palavra “princípio” também possui vários significados no Mini Dicionário Aurélio: “momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação” (FERREIRA, 2010, p. 611).

Para Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, o conceito de princípio jurídico “indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas (José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 85) servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (2014, p. 9-10). Os princípios jurídicos podem ser explícitos, quando previstos expressamente em uma lei, ou implícitos, quando decorrem da interpretação conjunta de vários dispositivos legais, mas ambos são igualmente importantes para o direito.

Os princípios explícitos, quando enumerados no texto constitucional de uma nação, serão chamados de princípios constitucionais, assim conceituados por Guilherme de Souza Nucci:

Princípios constitucionais são os valores eleitos pelo constituinte, inseridos na Constituição Federal, de forma a figurar os alicerces e as linhas mestras das instituições, dando unidade ao sistema normativo e permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos se façam de modo coerente (NUCCI, 2014, p. 13).

Os princípios constitucionais devem servir de orientação ao legislador quando da elaboração de leis infraconstitucionais, bem como devem ser utilizados, pelos aplicadores do direito, como critérios de interpretação do texto constitucional e demais leis ordinárias, mas principalmente devem servir como garantia direta e imediata aos cidadãos, que são os destinatários finais da proteção do Estado. Os princípios constitucionais podem ainda ser classificados em princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais.

Os princípios político-constitucionais, também conhecidos como “constitucionais fundamentais”, são os princípios que traduzem, expressamente, as decisões políticas fundamentais, isto é, definem a forma do Estado, o regime e o sistema de governo, estando presentes em nossa Constituição Federal vigente, nos arts. 1º ao 4º do Título I – Dos Princípios Fundamentais. (SILVA, 2016). Os princípios jurídico-constitucionais decorrem de determinadas normas constitucionais, podendo inclusive derivar dos princípios fundamentais. Eles estabelecem direitos

que visam proteger situações jurídicas individuais: são os princípios-garantia, previstos no art. 5º da Carta Magna. Dentre eles podemos destacar o princípio do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, proibição da existência de crime sem lei anterior que o defina, irretroatividade da lei penal, presunção de inocência, entre outros (NUCCI, 2014).

Portanto, os princípios constitucionais são importantíssimos para uniformizar todo o sistema jurídico, cuja lei maior é a Constituição Federal, de maneira que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos se façam de acordo com o sistema normativo. Dessa forma, não poderá ser admitida uma lei infraconstitucional que ofenda, direta ou indiretamente, qualquer um dos princípios constitucionais. Também as decisões judiciais deverão guardar respeito a todos princípios norteadores do direito, especialmente aos positivados na Constituição, de maneira a se evitar uma prestação jurisdicional injusta sob qualquer aspecto.

## **2.2 O Processo Penal no Estado Democrático de Direito**

Quando uma infração penal é cometida, o Estado passa a ter o direito e o dever de punir o responsável pela violação da lei, denominado pela doutrina como *jus puniendi*, em virtude da desestabilização da ordem e da paz social, provocados pelos efeitos da infração penal cometida. Porém, sendo a própria atuação Estatal delimitada pela lei, o poder punitivo do Estado deve necessariamente observar as regras previamente estabelecidas, a fim de que abusos não sejam cometidos na penalização do infrator. São justamente essas normas, reguladoras e limitadoras dos meios de punir, que compõem o direito processual penal.

Para Fernando Capez, “Direito Processual Penal é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo” (2018, p. 43).

Conceito semelhante nos traz Guilherme de Souza Nucci, que sobre a matéria assim assevera:

Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado,

realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto (NUCCI, 2014, p. 27).

Em decorrência de seu poder soberano, o Estado é o único ente que possui o chamado *jus puniendi*, isto é, o direito de punir, mesmo nos casos de ação penal exclusivamente privada, já que nesses casos o ofendido tem legitimidade apenas para dar início ao processo, mas será o Estado quem julgará a lide e aplicará a pena, se for o caso.

### 2.3 Conceito e evolução histórica do princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência é também chamado pela doutrina de “princípio do estado de inocência”, bem como de “princípio da não culpabilidade”. Este postulado estabelece que toda pessoa acusada de um delito será presumivelmente inocente, até que sua culpa seja declarada por uma sentença contra a qual não caiba mais recurso (NUCCI, 2014). Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no inciso LVII, do art. 5<sup>a</sup> da Constituição Federal que assim estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, foi necessário um longo caminho até que essa garantia fosse positivada em nossa legislação.

Conforme preleciona Nereu José Giacomolli, no direito romano já incidia a máxima do *in dubio pro reo* como regra de valoração da prova, quando se verificava a situação de alguém que estava sendo acusado. Na famosa *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei da Inglaterra João Sem Terra no ano de 1215, a liberdade e a propriedade eram expressamente protegidas, ou nas expressas palavras do encimado autor:

A Carta Magna de 1215 vedava a perda da liberdade e da propriedade em razão de uma prisão injusta, salvo nas hipóteses previstas em lei e após um justo julgamento por seus pares...[1] “Art. 39: Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de

seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).” (GIACOMOLLI, 2013, p. 945 e 951).

Contudo, o princípio da presunção de inocência propriamente dito encontra suas raízes no final do século XVIII, durante o período do “Iluminismo” na Europa Continental, no qual os pensadores iluministas se insurgiram contra o sistema processual penal inquisitório, que era aplicado desde o século XII. No sistema inquisitivo da Idade Média, o acusado não possuía nenhuma garantia, os julgamentos eram marcados por torturas e acusações secretas, enfim, a Inquisição queria a condenação do acusado a qualquer custo, presumindo-o, em regra, como culpado (RAGEL, 2019).

Cesare Beccaria, considerado o principal representante dos pensadores iluministas acerca dos sistemas penais, no ano de 1764, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, assim dispôs no capítulo “da questão ou tortura”: “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo” (BECCARIA, 1764, p. 62).

Mas somente em 1789, com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o primeiro diploma no qual foi inserido expressamente o princípio da presunção de inocência, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 9º estabelece que: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei” (RANGEL, 2019, p. 85).

Após os horrores da Segunda Guerra Mundial, foi promulgada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na esperança de que um sistema normativo internacional pudesse prevenir violações aos direitos humanos (GIACOMOLLI, 2013). Referida disposição universal adotou o princípio da presunção de inocência como uma garantia a um processo justo, que em seu Artigo XI, *in verbis*, estabelece:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (DUDH, 1948).

Em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, trouxe expressamente no artigo 8 (garantias judiciais), no item 2, a seguinte redação: “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.” Conforme Giacomolli, “a carta de adesão foi depositada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e a promulgação ocorreu através do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992” (2013, p. 946).

Renato Brasileiro de Lima (2020) lembra ainda que, até 1988, o princípio da presunção de inocência existia em nosso ordenamento apenas de maneira implícita, como uma decorrência do princípio do devido processo legal. Entretanto, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o princípio da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, passou a constar expressamente no já citado inciso LVII do art. 5º. Para o referido autor, esse princípio pode ser definido como o direito de só ser declarado culpado após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado possa ter feito uso de todos os meios de prova pertinentes a sua defesa (ampla defesa), bem como tenha tido a oportunidade de tentar retirar a credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Tendo em vista que os princípios formam um sistema lógico e harmônico, conseqüentemente o princípio da presunção de inocência acaba por se relacionar com outros princípios e regras, como a prevalência do interesse do réu (*in dubio pro réu*), a imunidade à autoacusação, bem como a questão da prisão provisória frente ao princípio do estado de inocência.

### 3 DO PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

#### 3.1 Origem histórica do Tribunal do Júri

A instituição do Tribunal do Júri, como o conhecemos hoje, tem como marco inicial a Magna Carta da Inglaterra, assinada pelo rei João Sem Terra no ano de 1215. Todavia, esse instituto já era conhecido e utilizado pelos povos antigos, obviamente com uma formação bem diferente da atual. Nas palavras de Carlos Maximiliano (1954, p. 156, apud NUCCI, 2015b, p. 42), “as origens do instituto, vagas e indefinidas, perdem-se nas noites do tempo”.

Rogério Lauria Tucci (1999, p. 12, apud RANGEL, 2019, p. 943) preleciona que “há quem afirme, com respeitáveis argumentos, que os mais remotos antecedentes do Tribunal do Júri se encontram na lei mosaica, nos dikastas, na Hílieia (Tribunal dito popular) ou no Areópago grego”. Já Guilherme de Souza Nucci (2015b) ensina que as primeiras notícias do júri podem ter ocorrido na Palestina, onde existia o Tribunal dos Vinte e Três nas vilas em que a população era superior a 120 famílias. Esses tribunais eram compostos por padres, levitas e pelos principais chefes de famílias de Israel. Sua competência era julgar os crimes que poderiam ser apenados com a pena de morte. Também nas civilizações antigas, especialmente na Grécia e em Roma, o instituto do júri já era adotado como forma de resolver as lides da época:

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 Roma, durante a República, o Júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecidos por *quoestiones*. Quando se tornaram definitivos, passaram a chamar-se de *quoestiones perpetuae*, por volta do ano de 155 a.C. (NUCCI, 2015b, p. 42).

Tudo isso demonstra o caráter democrático que tem o Tribunal Popular e, apesar de incerta sua origem, não há dúvida que, conforme leciona NUCCI (2020, p. 823), a sua propagação pelo mundo ocidental se deu após a *Magna Cartha* de 1215 que tinha como um de seus preceitos 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”.

Na França, o júri se estabelece após a Revolução Francesa de 1789, como uma resposta democrática aos magistrados da época, reconhecidos como corruptos pela população, já que julgavam, no mais das vezes, de acordo com os interesses do monarca. A partir daí o Tribunal do Júri se espalha por toda a Europa, chegando ao Brasil pela primeira vez em 1822 como efeito da colonização, que acaba por impor à colônia as ideias e leis vigentes na metrópole.

Assim, em 18 de junho de 1822, por decreto do Príncipe Regente, instalou-se o Tribunal do Júri no País, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. Era inicialmente um tribunal composto por 24 cidadãos “bons, honrados, inteligentes e patriotas”, prontos a julgar os delitos de abuso da liberdade de imprensa, sendo suas decisões passíveis de revisão somente pelo Regente (NUCCI, 2020, p. 824).

Após a independência do Brasil, a Constituição do Império de 1824 estabelece o Tribunal do Júri no capítulo pertinente ao Poder Judiciário, conferindo aos jurados a competência para o julgamento de causas cíveis e criminais, conforme determinassem as leis da época. O júri se mantém no país com a Proclamação da República, mas passa a figurar pela primeira vez no contexto dos direitos e garantias individuais, em decorrência da intransigente defesa de Rui Barbosa, um grande admirador desse instituto.

A Carta Magna de 1934 transfere novamente o júri para o capítulo referente ao Poder Judiciário. Em 1937 o instituto é totalmente retirado do texto constitucional, sendo a sua existência confirmada pelo Decreto-lei 167 de 1938, porém sem uma de suas qualidades mais importantes, a soberania. A Constituição Federal de 1946 inclui novamente o Tribunal Popular em seu texto, inclusive no capítulo dos direitos e garantias individuais, como uma “bandeira” na luta contra o autoritarismo da época (NUCCI, 2020).

O Tribunal do Júri é mantido na Constituição de 1967, inclusive no mesmo capítulo “dos direitos e garantias individuais”. No entanto, a Emenda Constitucional de 1969 retira do texto constitucional os princípios inerentes do júri, isto é, a soberania dos veredictos, o sigilo das votações e a plenitude de defesa. Até que a Constituição atual, elaborada em um cenário de restabelecimento da democracia no

país, traz novamente o Tribunal Popular no capítulo dos direitos e garantias individuais, define sua competência mínima para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, bem como restabelece os referidos princípios específicos do júri.

### **3.2 Dos princípios constitucionais do júri**

O Tribunal do Júri, previsto expressamente na Constituição em vigor, está inserido no art. 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, cujo inciso XXXVIII estabelece que: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. São estes, na verdade, os princípios fundamentais que norteiam a instituição do júri.

#### **3.2.1 Plenitude de defesa**

Para a regularidade do devido processo legal, é fundamental que seja garantido aos acusados o contraditório e a ampla defesa, conforme estabelecido no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal. Entretanto, no contexto do Tribunal do Júri, o legislador constituinte assegurou ao acusado a plenitude de defesa, fato que causa divisão na doutrina. Enquanto autores, como Rogério Grecco, entendem não haver diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa, outros autores como Guilherme de Souza Nucci, Gustavo Badaró e André Stefam defendem haver uma substancial diferença entre esses conceitos, sendo a plenitude de defesa muito mais benéfica e essencial nos julgamentos do Tribunal Popular. Assim é o entendimento de Gustavo Badaró:

Não parece se tratar de mera variação terminológica, com o mesmo conteúdo. Pleno (significa repleto, completo, absoluto, perfeito) é mais do que amplo (significa: muito grande, vasto, abundante). Assim, a plenitude de defesa exige uma defesa em grau ainda maior do que o da ampla defesa (BADARÓ, 2020, p. 763).

Nos processos criminais que não são de competência do Tribunal do Júri, o réu será julgado por Juiz togado. Nesse caso, sem dúvida terá o acusado direito a

ampla defesa, exercida por advogado constituído ou nomeado pelo juízo. Todavia, eventuais falhas ou equívocos da defesa podem e devem ser corrigidos de ofício pelo juiz togado, que possui conhecimento técnico para tanto. Badaró (2020) cita como exemplo que o magistrado pode absolver o réu por legítima defesa se estiver convencido disso, ainda que essa tese não tenha sido alegada pela defesa.

Já no Tribunal do Júri isso não pode acontecer, o réu será julgado por juízes leigos, que decidirão conforme sua íntima convicção, sem qualquer fundamentação, daí a importância da plenitude de defesa. Para Nucci (2015b) a defesa no Tribunal Popular deve ser irretocável, absoluta, “perfeita”, obviamente dentro das limitações naturais dos seres humanos, já que uma atuação apenas “regular” do defensor poderia colocar em risco a liberdade do réu. Havendo inclusive previsão expressa no Código de Processo Penal que o juiz deverá nomear outro defensor ao réu, se entender que este está indefeso (CPP, art. 497, V).

### **3.2.2 Sigilo das votações**

A princípio, os atos do Poder Judiciário deverão ser praticados permitindo-se o acesso de qualquer pessoa à sua realização, em outras palavras, os atos judiciais são públicos, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art. 93, inciso IX:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

No entanto, como se depreende da parte final do citado diploma, em certas situações poderá haver uma certa restrição a publicidade de determinados atos judiciais, por razões de interesse público, bem como para proteção da intimidade das partes envolvidas no processo. Semelhante disposição também é encontrada no Código de Processo Penal:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em

dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes (BRASIL, 1941).

No Tribunal do Júri é garantido o “sigilo das votações”, fato que não prejudica o princípio constitucional da publicidade, tendo em vista as ressalvas da própria legislação citada acima, bem como pelo fato de que todo o procedimento júri é realizado, em regra, de maneira pública, sendo apenas a votação dos jurados realizada de forma reservada. Votação que inclusive deverá ocorrer em “sala especial”, conforme estabelece o art. 485, caput, do Código de Processo Penal.

Conforme leciona Badaró (2020), a sala especial, ou “sala secreta” como denomina o autor, é de fundamental importância para que os jurados possam votar com tranquilidade e serenidade, evitando-se qualquer forma de constrangimento que poderia ocorrer se o ato fosse praticado diante do público. Dessa forma, a votação em sala especial se mostra compatível com o princípio da publicidade, pois como bem lembra a doutrina, todos os demais atos desse julgamento, como a colheita das provas, os debates orais e até mesmo a leitura da sentença, serão feitos publicamente, diante de todos os presentes no recinto do Tribunal do Júri.

### **3.2.3 Soberania dos veredictos**

Veredicto é o nome que se dá à decisão coletiva dos jurados, do chamado Conselho de Sentença, e representa a vontade do povo. Por soberania dos veredictos entende-se que a decisão dos jurados não pode ser modificada, no mérito, por outro órgão do Poder Judiciário. Todavia, isso não significa que as decisões do júri são definitivas, pois se assim fosse, não se poderia recorrer de um julgamento que eventualmente tenha apresentado um resultado arbitrário, ou até mesmo ilegal. O Código de Processo Penal, em seu art. 593, apresenta as situações em que é possível a interposição de apelação das decisões do Tribunal do Júri, fato que não prejudica a soberania dos veredictos, conforme leciona Badaró:

A possibilidade de o Tribunal de Justiça dar provimento à apelação, para cassar a decisão dos jurados, que foi “manifestamente contrária à prova dos autos” (CPP, art. 593, *caput*, III, *d*), não fere a soberania dos veredictos. A decisão dos jurados não é substituída pelo Tribunal de Justiça, que se limita a cassá-la, determinando que novo julgamento seja proferido. A soberania significa que o tribunal popular dará a última palavra quanto ao mérito dos crimes de competência do júri. Entretanto, não significa que haverá apenas um único veredicto (BADARÓ, 2020, p. 765).

Logo, as decisões proferidas pelo Tribunal Popular sujeitam-se, como quaisquer outras, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário. Apenas ocorre que, se for dado provimento à apelação, o Tribunal de Justiça não poderá resolver o mérito da questão, mas determinar a realização de novo júri, que continua competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

#### **3.2.4 Competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida**

A Constituição Federal, ao atribuir ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, estabeleceu sua competência mínima e obrigatória. Mínima porque, como leciona Gustavo Badaró (2020), não há nenhum impedimento para que a legislação infraconstitucional possa ampliar a competência do Tribunal Popular para julgar outros crimes. Obrigatória, como preleciona Renato Brasileiro (2020), tendo em vista tratar-se de cláusula pétreia, o que significa que essa competência não pode ser afastada nem mesmo por emenda constitucional.

Os crimes dolosos contra a vida são aqueles previstos nos artigos 121 ao 126 do Código Penal, quais sejam: homicídio doloso, simples, privilegiado ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação; infanticídio; aborto criminoso; todos tentados ou consumados. O Código de Processo Penal, entretanto, em seu art. 78, inciso I, prevê a possibilidade de o Tribunal do Júri julgar outros crimes, desde que conexos e/ou continentes com um crime doloso contra a vida. Isto é, se ocorrer um crime de estupro, cometido em conexão com um homicídio doloso, ambos serão julgados pelo Tribunal Popular (BADARÓ, 2020).

Importante salientar também que existem algumas situações, previstas na própria Constituição Federal, em que um delito doloso contra vida não será julgado pelo Tribunal do Júri, mas por outro órgão jurisdicional. Os casos em que o réu possui foro por prerrogativa de função, por exemplo, situação em que será julgado

pelos Tribunais Superiores ou pelos Tribunais de Justiça, conforme a função exercida. Outro exemplo são os crimes militares sujeitos ao processamento na própria Justiça Militar. Há, por fim, que se destacar o crime de latrocínio (roubo qualificado pelo resultado morte), que não é considerado um crime contra a vida, mas contra o patrimônio, sendo a competência para julgamento do juiz singular, conforme estabelece a súmula nº 603 do STF: “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”.

### **3.3 Procedimento bifásico do júri**

O procedimento do Tribunal do Júri é bifásico, também chamado pela doutrina de escalonado, pois compreende duas fases bem distintas. A primeira fase é denominada *judicium ou jus accusationis* (juízo da acusação ou sumário da culpa), iniciando-se com o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público, até a decisão de pronúncia do juiz togado. A segunda fase é chamada de *judicium ou jus causae* (juízo da causa), é a fase do julgamento da causa na qual os jurados decidirão pela procedência, ou improcedência, da pretensão acusatória. Esta se inicia-se com a preclusão da decisão de pronúncia, passa pelas alegações orais e votação do questionário, terminando com a prolação da sentença.

### **3.4 Primeira fase - "jus ou judicium accusationis"**

O rito especial do Tribunal do Júri, modificado pela reforma introduzida pela Lei nº 11.689/2008, encontra-se previsto nos arts. 406 a 497 do CPP. A primeira fase, isto é, o juízo de acusação, vem definida nos arts. 406 a 421 e inicia-se, via de regra, com o recebimento da denúncia, tendo em vista que todos os crimes dolosos contra a vida são de ação penal pública incondicionada. Contudo, é possível ser proposta a queixa-crime nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, em caso de inércia do Ministério Público.

Embora a primeira fase do procedimento do júri seja bastante semelhante ao procedimento comum ordinário, existem algumas importantes diferenças como bem resume Badaró:

Trata-se de procedimento bastante semelhante ao procedimento comum sumário. Há, apenas, quatro diferenças fundamentais: (1) recebimento da denúncia ou queixa, antes do oferecimento de resposta (CPP, art. 406, *caput*); (2) previsão de eventual réplica após a resposta (art. 409); (3) menor prazo para a realização da audiência de instrução, debates e julgamento (art. 410); (4) possibilidade de o juiz não proferir o ato decisório final oralmente, mas por escrito, no prazo de dez dias (art. 411, §9º). (BADARÓ, 2020, p. 769).

Importante salientar que, também nesses casos a denúncia, ou queixa, deverá atender aos requisitos constantes do art. 41 do CPP, com especial destaque para o elemento subjetivo do agente, obrigatoriamente doloso – no homicídio doloso, a vontade de matar é denominada de *animus necandi* -, conforme ensina LIMA (2020). Bem como deverá o acusador pedir a “pronúncia” do acusado, ao invés de sua “condenação”, como comumente acontece.

Feito o juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa e, em sendo a peça recebida, deve o juiz determinar a citação do réu para responder a acusação, por escrito, no prazo máximo de 10 (dez) dias, conforme o *caput* do art. 406 do CPP. Esse prazo será computado a partir da data da citação, ou do comparecimento pessoal do acusado ou de seu defensor em juízo, neste último caso, quando se tratar de citação inválida ou editalícia (CPP, art. 406, §1º). Na exordial acusatória, conforme o §2º do citado diploma, poderão ser arroladas até 8 (oito) testemunhas. A solução, em caso de não comparecimento, é assim apontada por Mougenot:

No entanto, se o acusado, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz, nos termos do art. 366, determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes, na presença do Ministério Público e do defensor dativo e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do art. 312 (MOUGENOT, 2019, p. 843).

Na resposta à acusação, o acusado poderá alegar tudo o que for de interesse à sua defesa, inclusive a arguição de preliminares, o oferecimento de documentos e justificações. Deverá ainda especificar as provas que pretende produzir e arrolar até 8 (oito) testemunhas de defesa, qualificando-as e requerendo, se preciso for, sua intimação, conforme art. 406, §3º do CPP. Poderá ainda o réu, se houver, arguir as

exceções previstas dos arts. 95 a 111 do CPP que entender cabíveis, como a exceção de coisa julgada, por exemplo.

Conforme disposto no art. 408 do CPP, bem como em função do princípio constitucional da ampla defesa, como leciona Nucci (2020), se não for apresentada a defesa prévia no prazo de 10 (dez) dias, o juiz deverá nomear um defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vistas dos autos e novo prazo de igual período. Após a apresentação da defesa prévia, deverá ser dada a oportunidade para manifestação do Ministério Público ou do querelante, se forem arguidas preliminares ou juntados documentos, no prazo máximo de cinco dias, conforme art. 409 do CPP. Após o que deverá o magistrado analisar os requerimentos formulados, bem como os documentos eventualmente juntados pelas partes e, no prazo de dez dias, determinar a realização das diligências cabíveis, bem como designar a audiência de instrução (CPP, art. 410), encerrando-se a fase postulatória.

Quanto a absolvição sumária, prevista no art. 397 do CPP, não há consenso doutrinário. Guilherme de Souza Nucci e Gustavo Badaró, por exemplo, entendem ser cabível o referido instituto, conforme segue:

Embora no procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida haja a previsão de uma “absolvição sumária” ao término do juízo da acusação (CPP, art. 415), isso não impede que seja aplicado o art. 397 do CPP, sendo possível ao juiz, logo após o oferecimento da resposta, absolver sumariamente o acusado. Aliás, o § 4º do art. 394 prevê que “as disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste código. Aplica-se, pois, o art. 397 ao procedimento dos crimes dolosos contra a vida (BADARÓ, 2020, 771).

Já para Renato Brasileiro de Lima e para Edilson Mougenot, não seria possível a aplicação do art. 397 do CPP nos crimes de competência do júri. A esse respeito:

Cumprе salientar que, diferente da hipótese prevista no art. 397 do Código de Processo Penal – em que se instaurou um verdadeiro julgamento antecipado da lide –, não poderá ser determinado o julgamento antecipado da lide, vez que se feriria de morte o princípio da soberania dos veredictos, insculpido na Constituição Federal [...] Frise-se, por derradeiro, que não obstante o art. 394, § 2º, do CPP determine que as regras do procedimento comum deverão ser aplicadas a todos os processos (salvo disposições em contrário ou em virtude de lei especial), entendemos que, no caso do Júri, houve um silêncio eloquente no tocante à possibilidade de julgamento antecipado da lide, concluindo, pois, pela sua inadmissibilidade (MOUGENOT, 2019, 844).

A despeito dessa divergência doutrinária, em sendo designada a audiência de instrução encerra-se a fase postulatória, iniciando-se a fase probatória / instrutória. A Lei 11.689/2008 instituiu a audiência única, visando produzir toda prova, ao menos a prova oral, na mesma data. Conforme o art. 411 do CPP serão ouvidos nessa audiência o ofendido, quando possível, as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem. Após, será a vez de eventuais esclarecimentos dos peritos, se houver, bem como serão realizadas as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas. Por fim será o réu interrogado e, na sequência, dar-se-ão os debates entre as partes.

Encerrada a instrução probatória, porém antes das alegações orais, o CPP, no art. 411, § 3º, permite expressamente à acusação aditar a denúncia ou a queixa, se for o caso, no prazo de cinco dias, diante das provas produzidas até então, caso em que serão também aplicadas as disposições do art. 384 do mesmo diploma. Esse procedimento é denominado pela doutrina de *mutatio libelli*.

Não sendo o caso de *mutatio libelli*, passa-se aos debates orais. Conforme os §§ 4º, 5º e 6º do art. 411 do CPP, haverá o prazo de 20 minutos para cada parte, acusação e defesa, prorrogáveis por mais 10 minutos, para deduzir suas alegações. Se houver mais de um réu, o prazo dos debates será individual para cada um, isto é, a acusação e a defesa terão 20 minutos, prorrogáveis por mais 10 minutos, para deduzir suas pretensões em relação a cada acusado. Em havendo assistente de acusação, este terá a palavra por 10 minutos, prorrogando-se igualmente o tempo da defesa (MOUGENOT, 2019).

No rito do júri, diferentemente do que ocorre no procedimento comum ordinário, o legislador não previu a possibilidade de substituição das alegações orais em memoriais escritos. Quanto a ocorrência de eventuais nulidades ocorridas nesta primeira fase do rito escalonado, preleciona Mougenot que:

Em relação aos momentos-limite de arguição das nulidades relativas – já que as absolutas podem ser alteadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição –, com a supressão das alegações escritas do art. 406, deve-se observar o seguinte, sob pena de preclusão: a) as nulidades ocorridas até o momento da resposta preliminar prevista no atual art. 406 nela devem ser arguidas; b) as nulidades ocorridas posteriormente à resposta preliminar serão arguidas no início da audiência de instrução e debates; e, finalmente, c) as nulidades ocorridas no curso da audiência de instrução devem ser alteadas logo após sua ocorrência (MOUGENOT, 2019, p. 847).

Encerrados os debates, conforme disposto no art. 411, § 9º, do CPP, poderá o juiz proferir a sua decisão no termo da própria audiência, ou ordenar que autos lhe sejam conclusos, oportunidade em que terá o prazo de dez dias para decidir. Importante ressaltar, ainda, que esta fase da formação da culpa de ser concluída no prazo máximo de 90 dias, de acordo com o art. 412 do CPP. Por fim, quanto a sua decisão, caberá ao magistrado tomar uma de quatro providências: a) a) pronunciar o réu (art. 413, CPP); b) impronunciá-lo (art. 414, CPP); c) absolver sumariamente o acusado (art. 415, CPP); d) desclassificar a infração penal (art. 419, CPP).

A pronúncia é uma decisão interlocutória, que julga admissível a acusação e determina que o caso seja submetido à apreciação do Tribunal do Júri. Conforme Nucci (2020), a pronúncia é uma decisão de natureza mista já que, encerra a fase de formação da culpa, bem como inaugura a fase de preparação do plenário, que levará ao julgamento do mérito pelos jurados.

A impronúncia está prevista no art. 414 do CPP, que dispõe que se o juiz não se convencer da materialidade do fato, ou de indícios suficientes de autoria ou de participação, deverá, fundamentadamente, impronunciar o acusado. Para Gustavo Badaró (2014), a impronúncia é a opção oposta em relação à pronúncia. Isto é, para a pronúncia deve haver necessariamente a prova da materialidade do fato, bem como indícios suficientes de autoria e, faltando qualquer destes requisitos, o réu deverá ser impronunciado.

A absolvição sumária é uma decisão de mérito, de caráter definitivo. É, portanto, uma sentença, que põe fim a primeira fase do procedimento do júri, julgando improcedente a pretensão punitiva estatal. Conseqüentemente, a sentença de absolvição faz coisa julgada formal e material, tendo em vista a análise de mérito da questão por parte do juiz togado.

A desclassificação da infração penal está prevista no art. 419 do CPP. Trata-se de uma decisão interlocutória, na qual o juiz reconhece que o crime imputado ao acusado não é doloso contra vida e, conseqüentemente, não será o Tribunal do Júri competente para julgá-lo. Para que isso ocorra, é necessário que o conjunto probatório não deixe dúvidas a esse respeito, bem como o magistrado deve ter plena convicção dessa decisão.

### **3.5 Segunda fase- "jus ou judicium causae"**

A segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, a "*jus ou judicium causae*", ou "juízo da causa", inicia-se com a preclusão da decisão de pronúncia, isto é, não havendo mais recurso, ou esgotando-se as vias impugnativas da pronúncia, os autos deverão ser encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri, que dará início à preparação do processo para o julgamento em plenário, conforme estabelecido no art. 421, caput, do CPP. Conforme Nucci (2020), antes da reforma no CPP promovida pela lei 11.689/2008, a segunda fase do júri iniciava-se com a apresentação de uma peça chamada "libelo", pelo Promotor de Justiça, cujo conteúdo era fixado pela decisão de pronúncia.

Hoje, conforme estabelece o art. 422 do CPP, após o recebimento dos autos, o juiz presidente determina a intimação do Ministério Público, ou do querelante (em caso de ação penal privada subsidiária da pública), bem como do defensor para que, no prazo de cinco dias, apresentem o rol de testemunhas que irão depor no plenário do júri, sendo que cada parte poderá arrolar no máximo cinco testemunhas. Junto com o referido rol, as partes poderão ainda juntar documento, bem como requerer diligências que entendam pertinentes.

Após as partes se manifestarem, o magistrado deverá deliberar sobre quais provas serão produzidas de imediato e quais ficarão para o plenário. Também ordenará as diligências necessárias para sanar vícios ou nulidades ocorridas até então, bem como para esclarecimento de fatos que interessem ao julgamento da causa. Por fim, deve o juiz elaborar um relatório sucinto do processo, que será entregue aos jurados que comporão o Conselho de Sentença, e ordenar a inclusão do processo em pauta de reunião do Tribunal do Júri (CPP, art. 423, II).

#### **3.5.1 Organização do Júri**

O Tribunal do Júri, conforme o disposto no art. 447 do CPP, será composto por 1 (um) juiz togado, que será o juiz presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados sorteados dentre todos os alistados, dos quais 7 (sete) jurados comporão o Conselho de Sentença que atuará em cada sessão de julgamento. Renato Brasileiro

de Lima lembra que, “apesar de tomarem parte nos trabalhos, o Ministério Público e o defensor não compõem o Tribunal do Júri” (2020, p. 1487).

Primeiramente, o juiz presidente determinará o alistamento anual de várias pessoas que sejam aptas a serem juradas no Tribunal do Júri. A quantidade de alistados dependerá da quantidade de habitantes da comarca, de modo que: onde houver mais de 1.000.000 de habitantes, serão alistados de 800 a 1.500 jurados; de 300 a 700 jurados nas comarcas com mais de 100.000 habitantes; e, nas comarcas de menor população, a lista será de 80 a 400 jurados (CPP, art. 425, *caput*).

Contudo, o § 1º do diploma supracitado dispõe que, nas comarcas onde seja necessário, poderá ser aumentado o número de jurados, bem como ser organizada uma lista de suplentes. Já o § 2º estabelece que o magistrado poderá requisitar às autoridades locais, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado.

O art. 426 do CPP, que dispõe sobre a lista geral dos jurados, determina que esta será elaborada anualmente, sendo publicada uma lista provisória até o dia 10 de outubro do ano anterior àquele no qual serão realizados os julgamentos. Essa lista poderá ser alterada *ex officio*, isto é, de ofício pelo próprio juízo, ou em virtude de reclamação de qualquer pessoa do povo. Após a resolução de eventuais pendências, publica-se a lista definitiva até o dia 10 de novembro. Lembra Mougenot (2019) que caberá recurso em sentido estrito, dirigido a instância superior, da decisão que incluir ou excluir jurado da lista, conforme inciso XIV do art. 518 do CPP.

Deverão ser transcritos, junto com a lista geral, os arts. 436 a 446 do CPP, que dispõe sobre a “função do jurado”. Poderão ser jurados os maiores de 18 anos e de notória idoneidade. Gustavo Badaró (2020, p. 795) bem leciona que: “O Tribunal do Júri é uma instituição democrática, e dele devem participar cidadãos de todas as categorias e classes sociais, sem qualquer discriminação”. O serviço do júri, ou seja, servir como jurado, é um serviço obrigatório e sua recusa injustificada implicará em multa no valor de um a dez salários mínimos (CPP, art. 436, § 2º).

Após a publicação da lista definitiva, serão feitas cédulas contendo o nome e o endereço de cada jurado, que serão depositadas em urna própria. Conforme § 3º

do art. 426 do CPP, essa cerimônia deverá ser realizada na presença de representantes do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública, sendo depois a urna fechada à chave, que ficará sob responsabilidade do juiz presidente.

Organizada a pauta de julgamentos, o juiz designará data para a audiência de sorteio dos 25 jurados que irão compor o Tribunal do Júri, que deverá ocorrer entre o 15º e o 10º dia útil antecedente à instalação da reunião. Para o sorteio serão intimados a participar o Ministério Público, a OAB e a Defensoria Pública. Essa audiência não será adiada pelo não comparecimento das partes, e o jurado sorteado não terá o seu nome incluído novamente para as reuniões futuras, conforme disposto no art. 433 do Código de Processo Penal.

Por fim, os jurados sorteados serão convocados, pelo correio ou por qualquer outro meio hábil, para comparecer à sessão de julgamento, bem como será afixado edital à porta do edifício do Tribunal do Júri contendo a relação dos jurados convocados, os nomes dos acusados e dos advogados, e também o dia, a hora e o local das sessões de instrução e julgamento.

### **3.5.2 Da reunião e das Sessões do Tribunal do Júri**

Como bem leciona Renato Brasileiro de Lima (2019), torna-se necessário distinguir o termo “reunião periódica” do termo “sessão de julgamento” no Tribunal do Júri. A reunião periódica é o período do ano que se reúne o Tribunal Popular para realizar as sessões de julgamento. Já a sessão de julgamento é o ato processual concentrado, no qual, de fato, ocorre o julgamento do acusado. Hipoteticamente, se em determinada comarca o Júri reúne-se apenas nos meses pares, em cada um deles se dará a reunião periódica, e nela é que se realizarão as sessões de julgamentos previamente marcadas.

No dia e hora designados para a sessão de julgamento, o juiz presidente, antes de declarar instalados os trabalhos, deverá realizar as diligências previstas nos artigos 454 a 461 do CPP, isto é, decidirá sobre eventuais pedidos de adiamento, se houver, e verificará se estão presentes os sujeitos processuais que deverão atuar durante a sessão, especialmente aqueles cuja ausência implicará no

adiamento do julgamento, como é o caso do não comparecimento do Promotor de Justiça, ou do defensor do acusado.

Estando presentes as partes e as testemunhas, conforme art. 462 e seguintes do CPP, o juiz presidente deverá verificar se a urna contém as 25 (vinte e cinco) cédulas dos jurados sorteados, ordenando que o escrivão lhes faça a chamada. Se comparecer pelo menos 15 (quinze) jurados, o magistrado declarará instalada a sessão, anunciando que o processo será submetido a julgamento, e ordenará ao oficial de justiça apregoe as partes e as testemunhas, certificando a diligência nos autos.

Importante salientar, como menciona Fernando Capez, que “após o anúncio do julgamento e do pregão é que devem ser alegadas as nulidades relativas posteriores à pronúncia, sob pena de serem consideradas sanadas” (2018, p. 661). Contudo, se o número de jurados for inferior a 15 (quinze), o juiz deverá proceder ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, bem como designará nova data para a sessão de julgamento. Os nomes dos jurados suplentes serão consignados em ata, e será remetido o expediente de convocação, conforme os arts. 434 e 435 do CPP.

### **3.5.3 Formação do Conselho de Sentença**

Completados todos os requisitos e iniciada a sessão, deverá ser formado o Conselho de Sentença, que é o órgão deliberativo do Tribunal do Júri, e que será composto por 7 (sete) jurados. Antes, porém, o art. 466 do CPP, traz importantes advertências a serem feitas aos jurados pelo magistrado:

Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente deve advertir os jurados acerca das causas de impedimento, suspeição e incompatibilidade previstas nos arts. 448 e 449 do CPP. Também deve advertir os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho de Sentença e multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado, valendo ressaltar que esta incomunicabilidade deve ser certificada nos autos pelo Oficial de Justiça (CPP, art. 466, § 2º). (LIMA, 2020, p. 1500).

Após os jurados serem esclarecidos sobre as causas de impedimento, suspeição e incompatibilidade, e depois de serem advertidos quanto à incomunicabilidade, o juiz presidente deve verificar se na urna encontram-se as cédulas relativas aos jurados presentes. Passe-se então ao sorteio dos 7 (sete) jurados que comporão o Conselho de Sentença.

Conforme o art. 468 do CPP, “à medida que as cédulas forem sendo retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa”. Essas são as recusas denominadas pela doutrina como “recusas peremptórias”, já que as partes não precisarão esclarecer os motivos pelos quais recusaram os jurados. Gustavo Badaró ressalta que: “Trata-se de uma das poucas situações em que a defesa se manifesta antes da acusação no processo penal” (2014, p. 504). Guilherme Nucci lembra também que, além da recusa peremptória, há também a chamada recusa motivada:

Para a formação do Conselho de Sentença, são duas as possibilidades de recusa do jurado, formuladas por qualquer das partes: motivada e imotivada (art. 468, CPP). A recusa motivada baseia-se em circunstâncias legais de impedimento ou suspeição (arts. 448, 449, 252 e 254, do CPP). Logo, não pode ser jurado, por exemplo, aquele que for filho do réu, nem tampouco o seu inimigo capital. A recusa imotivada – também chamada *peremptória* – fundamenta-se em sentimentos de ordem pessoal do réu, de seu defensor ou do órgão da acusação (NUCCI, 2020, p. 865).

Portanto, além das recusas peremptórias (até três para cada parte), acusação e defesa poderão recusar sem limite outros jurados, desde que a recusa seja motivada, isto é, baseada nos casos de suspeição ou impedimento. Caso as recusas sejam em número tal que impossibilite a formação do Conselho de Sentença, ocorrerá o que a doutrina denomina “estouro da urna” e, neste caso, deverão ser sorteados jurados suplentes e o julgamento adiado para o primeiro dia desimpedido, conforme art. 471 do CPP (Badaró, 2020).

Formado o Conselho de Sentença, os jurados deverão prestar “compromisso”, conforme estabelece o art. 472 do CPP. O juiz 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 serão chamados um a um, pelo nome, e deverão responder “Assim o

prometo”. Após o juramento passa a valer o dever de incomunicabilidade dos jurados, e estes receberão cópia da pronúncia, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, se o caso, bem como o relatório do processo elaborado pelo juiz presidente, conforme o § 2º do diploma supracitado.

#### **3.5.4 Instrução em Plenário**

Prestado o compromisso pelos jurados, inicia-se a instrução plenária, com a produção da prova testemunhal, que será feita na seguinte ordem, conforme o art. 473 do CPP: oitiva da vítima, sempre que possível, isto é, em caso de tentativa de homicídio; oitiva das testemunhas de acusação; oitiva das testemunhas de defesa; eventualmente poderão ser requeridos outros procedimentos pelas partes, ou pelos jurados, como acareações, esclarecimentos de peritos, leitura de peças; por fim se dará o interrogatório do acusado.

Diferentemente do que ocorre no procedimento comum, no qual as perguntas são formuladas primeiramente pelas partes (CPP, art. 212), no plenário do Júri a oitiva da vítima e das testemunhas inicia-se com as perguntas do juiz presidente. Após as partes poderão fazer seus questionamentos diretamente às testemunhas, sem o intermédio do juiz togado:

Pacificou-se o entendimento sustentado majoritariamente pela doutrina e jurisprudência, de que não se aplica ao julgamento pelo Júri o sistema presidencialista, mas sim o sistema inglês. Vale dizer, as reperguntas das partes devem ser feitas diretamente às testemunhas, sem a intermediação do magistrado (MOUGENOT, 2019, p. 867-868).

Conforme o § 2º do art. 473 do CPP, os jurados também poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, contudo por intermédio do juiz presidente, o qual deverá atentar-se para evitar que o jurado, ao formular seu questionamento, revele o seu ponto de vista, o que poderia gerar a quebra da incomunicabilidade entre os jurados e, conseqüentemente, gerar a nulidade do julgamento (BARADÓ, 2020).

Por fim, e estando presente, será o réu interrogado, conforme o disposto no art. 474 do CPP. O juiz presidente será o primeiro a interrogar o acusado, após o

Ministério Público, o assistente de acusação e a defesa poderão formular perguntas diretamente ao réu. Os jurados também poderão formular perguntas ao interrogado, todavia, por intermédio do juiz presidente. Importante ressaltar que, se houver mais de um acusado, estes deverão ser interrogados separadamente.

### **3.5.5 Debates**

Encerrada a instrução em plenário, passa-se aos debates orais, previstos nos arts. 476 a 481 do CPP. Acusação e defesa gozarão de uma hora e meia cada qual. O órgão acusador falará primeiro, devendo o promotor de justiça sustentar a acusação nos limites da pronúncia, ou das decisões posteriores que julgaram admissível. Bem lembra Mougnot que “não está o promotor obrigado a sustentar a acusação, sendo-lhe facultado inclusive postular a absolvição do acusado” (2019, p. 869).

Após o Ministério Público, falará o assistente de acusação, se houver, porém dentro da mesma hora e meia para a acusação. Terminada a acusação, será dada a palavra à defesa do acusado pelo mesmo período de tempo. Em havendo réplica e tréplica, cada parte terá mais uma hora para argumentação. Se houver mais de um réu, o tempo para a acusação e para a defesa será acrescido de uma hora, ou seja, duas horas e meia à cada parte para os debates, duas horas para a réplica e duas horas para a tréplica.

Quando houver mais de um acusador, ou mais de um defensor, estes deverão combinar a distribuição do tempo entre si e, se não houver acordo, caberá ao juiz presidente disciplinar a divisão do tempo, de maneira que não seja excedido o prazo legal. Findo os debates, deverá o juiz indagar dos jurados se estão habilitados a julgar a causa, ou se precisam de mais algum esclarecimento. Em havendo dúvidas sobre questão de fato, poderá o próprio presidente prestar os esclarecimentos necessários, à vista dos autos.

Não havendo mais dúvidas dos jurados a serem sanadas, nem diligências a serem realizadas, é chegada a hora da elaboração dos quesitos e sua posterior votação pelos jurados. Torna-se necessário, porém, que se conheça o conceito do termo “quesito” para a doutrina. Badaró estabelece que “o quesito é uma pergunta

ou uma indagação formulada aos jurados, sobre um dado fático posto em julgamento, devendo ser respondido de forma negativa ou positiva” (2020, p. 825).

Conforme estabelece o parágrafo único do art. 482 do CPP, os quesitos serão elaborados pelo juiz presidente. A redação dos quesitos deverá ser feita em proposições simples, com clareza, de maneira a não causar dúvida, e em proposições afirmativas, não sendo possível a utilização da forma negativa, nem a utilização de advérbios de negação como “não” e “nem”, o que poderia gerar confusão nos jurados, bem como a nulidade do quesito.

A ordem dos quesitos vem estabelecida no art. 483 do CPP. O primeiro quesito deve versar sobre a materialidade do fato, isto é, se o crime ocorreu conforme descrito nos autos. O segundo quesito questionará sobre a autoria ou participação do acusado, se o réu praticou a conduta delitiva da qual é acusado. O terceiro quesito está estabelecido no parágrafo 2º do art. 483 do CPP e será: “O jurado absolve o acusado?”. Na sequência, os quesitos sobre as causas de diminuição da pena alegadas pela defesa e, por fim, os quesitos relativos as circunstâncias qualificadoras e causas de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que admitiram a acusação.

A seguir, deverá o juiz presidente ler os quesitos em público, ainda em plenário, e perguntará às partes se há requerimentos ou reclamações a fazer, bem como explicará aos jurados o significado de cada quesito. Se houver mais de um réu, ou mais de um crime, os quesitos deverão ser formulados em séries distintas. Após a leitura dos quesitos e, não havendo dúvida a ser esclarecida, o presidente anunciará que será procedida a votação e dirigir-se-á à sala especial para esse fim com os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor, o escrivão e o oficial de justiça (CPP, art. 485, *caput*). A sala especial é também denominada pela doutrina como “sala secreta” e, na falta desta, o juiz determinará que o público se retire, devendo permanecer no plenário apenas as pessoas acima mencionadas.

Para proceder-se à votação de cada quesito, os jurados receberão pequenas cédulas, feitas em papel opaco e facilmente dobráveis, contendo 7 (sete) delas a palavra “sim” (normalmente inscrito em vermelho), e 7 (sete) cédulas com a palavra “não” (normalmente inscrito em preto). Após, o juiz presidente lê o quesito que deve

ser respondido e, quando os jurados estiverem prontos para votar, o Oficial de Justiça recolherá os votos da seguinte maneira, muito bem resumida por Badaró:

[...] Primeiro, serão recolhidos os votos, na chamada “urna de carga” (CPP, art. 487). Normalmente, a primeira urna é passada no sentido anti-horário, começando a recolher os votos a partir do primeiro jurado aceito. Entregue a urna da carga ao juiz, o Oficial de justiça recolhe as cédulas não utilizadas, na “urna de descarga”, normalmente em sentido horário, começando pelo sétimo jurado, até o primeiro” (BADARÓ, 2020, 831).

Conforme estabelece o art. 489 do CPP, “as decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos”. Isso significa que não haverá mais a proclamação do número de votos “sim” e de votos “não” para cada quesito, preservando, dessa forma, o sigilo das votações. A partir da Lei 11.689/2008 não se deve mais divulgar o resultado final pois, quando o resultado era unânime, isto é, 7 x 0, acabava por revelar como votaram os jurados, quebrando o sigilo das votações.

Atualmente, conforme os §§ 1º e 2º do art. 483 do CPP, o juiz presidente prosseguirá na apuração até atingir o quarto voto igual, seja pelo “sim” ou pelo “não”, momento em que deverá encerrar a contagem e proclamar o resultado da votação. A contagem dos votos será feita quesito por quesito de maneira que, dependendo do resultado do quesito anterior, o próximo ficará prejudicado. Dessa forma, apurados os votos do primeiro quesito, que versa sobre a materialidade do crime, se houver mais de três votos “não”, isso implicará o encerramento da votação, bem como a absolvição do acusado. Contudo, havendo mais de três votos “sim”, passa-se a votação do segundo quesito, devolvendo-se as cédulas aos jurados, e seguindo-se assim até o último quesito a ser votado.

O juiz presidente determinará que o escrivão registre em termo o resultado da votação de cada quesito, mas apenas “sim, por maioria”, ou “não, por maioria”. Encerrada a votação, deverá também ser registrado o resultado do julgamento, bem como deverão assinar o referido termo o juiz presidente, os jurados e as partes.

### **3.5.6 Sentença**

Nos termos do art. 492 do CPP, terminada a votação dos jurados, caberá ao magistrado elaborar a sentença. A doutrina classifica essa sentença como

subjetivamente complexa, ou de formação complexa, tendo em vista ser, como define Badaró (2020, p. 833): “[...] a soma de dois atos decisórios proferidos por sujeitos distintos: o veredicto dos jurados (quanto ao fato e à autoria) e o pronunciamento do juiz (absolvendo ou condenando e, neste caso, fixando a pena)”.

Devido ao fato de os jurados votarem em sigilo e, estando eles submetidos ao sistema da íntima convicção, o juiz presidente, em regra, não tem o dever de fundamentar a decisão condenatória, mas deverá se referir às respostas dos jurados e não poderá contrariá-las. Em caso de condenação, caberá ao juiz, apenas, fixar as penas do réu, respeitando o sistema trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, isto é: fixará a pena base nos termos do art. 59 do CP; em seguida considerará o as circunstâncias atenuantes (CP, arts. 65 e 66) e agravantes (CP, arts. 61 e 62), desde que alegadas pelas partes durante os debates; por fim aplicará as causas de diminuição e de aumento (qualificadoras) da pena, desde que reconhecidas pelos jurados.

Caberá, ainda, ao magistrado, decidir sobre eventual decretação de prisão cautelar, levando em consideração os requisitos da prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP, conforme a alínea “e”, do inciso I, do art. 492 do CPP. Contudo, esse dispositivo teve sua redação alterada pela Lei 13.964/2019, impondo ao juiz que mantenha, ou decrete a imediata prisão do réu, quando condenado a uma pena igual ou superior a 15 (anos) de reclusão. Essa recente alteração é o tema principal deste trabalho e será analisada, detalhadamente, logo a frente.

Se, no entanto, o réu for absolvido pelos jurados, deverá imediatamente ser posto em liberdade, salvo se não estiver preso por outro motivo. Sendo a absolvição imprópria, isto é, se for reconhecida a inimputabilidade do acusado, o juiz deverá impor a medida de segurança cabível, que pode ser a internação compulsória ou tratamento ambulatorial.

Lavrada a sentença, esta será solenemente lida em plenário pelo juiz presidente. Embora a lei não exija, normalmente todos permanecem em pé durante a leitura. Não haverá publicação formal da sentença, já que lida em plenário, à vista de todos, considera-se, pois, publicada nesse momento. Por fim será lavrada a ata do julgamento pelo escrivão (CPP, art. 495), que descreverá todas as ocorrências da sessão de julgamento, bem como deverá ser assinada pelo presidente e pelas partes.

## 4 DA PRISÃO PREVENTIVA

### 4.1 Conceito e fundamentos da prisão

O termo “prisão”, como bem leciona Renato Brasileiro de Lima, “origina-se do latim *prensione*, que vem de *prehensione* (*prehensio, onis*), que significa prender” (2020, p. 963). Para Nucci (2020), de seu turno, a prisão é a privação da liberdade de locomoção do indivíduo, tirando-se o seu direito de ir e vir, por meio do seu recolhimento ao cárcere.

A prisão encontra seu fundamento constitucional no inciso LXI do art. 5º que determina que “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”.

Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima (2020), em nosso ordenamento jurídico existem três tipos de prisões: a prisão extrapenal, da qual são subespécies a prisão militar e a prisão civil; a prisão penal (prisão pena ou pena), que é a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado; e a prisão cautelar (provisória, processual ou sem pena), que é a prisão por absoluta necessidade da instrução processual, isto é, é a prisão do sujeito antes do trânsito em julgado da condenação. São subespécies a prisão temporária e a prisão preventiva. Para a doutrina, a prisão em flagrante agora tem natureza pré-cautelar.

A prisão preventiva, que é o objeto do estudo, encontra-se regulada pelos arts. 311 a 316 do CPP e, para a doutrina, é a prisão cautelar por excelência. Para Nucci, “trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (2020, p. 679). As medidas cautelares de natureza civil exigem como pressupostos: o *fumus boni juris*, isto é, “fumaça do bom direito”; e o *periculum in mora*, ou seja, o “perigo da demora”. No processo penal não é diferente, contudo, alguns doutrinadores chamam esses requisitos de *fumus commici delicti*, isto é, indícios de autoria do crime, e *periculum libertatis*, entendido como o risco que a liberdade do acusado pode representar para a sociedade e para o andamento do processo.

Para a prisão cautelar, além desses requisitos, outros também deverão ser considerados no momento da segregação cautelar, como: a natureza da infração, já que não são todos os delitos que admitem a prisão preventiva; a possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão; bem como não ter o agente praticado o delito acobertado por uma excludente de ilicitude.

#### **4.2 Momento para a decretação da prisão preventiva**

Conforme inteligência do art. 311 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial, ou do processo penal, mas em razão de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por meio de representação da autoridade policial. A Lei nº 13.964/2019 deu nova redação a este dispositivo, não permitindo mais ao magistrado decretar a prisão preventiva de ofício, nem mesmo durante o curso do processo. Durante o inquérito policial, contudo, a decretação da prisão preventiva tornou-se uma situação excepcional, com bem explica Renato Brasileiro:

Com o advento da Lei nº 7.960/89, que versa sobre a prisão temporária, pensamos que, pelo menos em relação aos delitos constantes do art. 1º, inciso III, da referida lei, bem como no tocante aos crimes hediondos e equiparados (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), somente será possível a decretação da prisão temporária na fase preliminar de investigações, à qual não poderá se somar a prisão preventiva, pelo menos durante essa fase. Portanto, em relação a tais delitos, não se afigura possível a aplicação da temporária seguida de preventiva, exclusivamente durante a fase investigatória (LIMA, 2020, p. 1057).

Todavia, ainda subsiste a possibilidade de decretação da prisão preventiva na fase pré-processual, pelo menos em relação aos delitos que não comportam a prisão temporária, desde que a medida seja imprescindível à investigação, bem como estejam presentes os requisitos e pressupostos legais, previstos nos arts. 312 e 313 do CPP. Após a prolação de sentença condenatória, o réu poderá ser mantido na prisão, bem como poderá ser decretado seu recolhimento ao cárcere, mesmo antes do trânsito em julgado, desde que esteja presente pelo menos uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Contudo, mesmo nessa situação de

preso cautelar, terá o réu direito à concessão antecipada dos benefícios da execução penal. No entendimento de Renato Brasileiro:

[...] De fato, supondo que já tenha se operado o trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, mas ainda pendente recurso da defesa, é certo que, por força do princípio da *non reformatio in pejus*, a pena imposta ao acusado não poderá ser agravada (CPP, art. 617, *in fine*). Logo, estando o cidadão submetido à prisão cautelar, justificada pela presença dos requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, afigura-se possível a incidência de institutos como a progressão de regime e outros incidentes da execução (LIMA, 2020, p. 1060).

Esse entendimento está de acordo com a própria Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), que no parágrafo único do art. 2º determina que a Lei em questão estenderá seus benefícios também aos presos provisórios. Corroborando ainda o entendimento, a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal preceitua que “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo dela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

Além do momento para a decretação da prisão preventiva, o art. 311 do CPP também traz, em rol taxativo, as pessoas legitimadas para requerê-la. São elas: o Ministério Público; o querelante, no caso de ação penal privada; o assistente de acusação, devidamente habilitado nos autos; ou por representação da autoridade policial. A inclusão do assistente nesse rol é uma alteração relativamente recente, promovida pela Lei nº 12.403/11, mas sua aceitação não é unânime na doutrina.

Para Nucci, foi uma novidade relevante, permitindo que a vítima, por meio do assistente de acusação, requeira a prisão preventiva do acusado. Nas palavras do autor, “cuida-se da ampliação da participação do ofendido no processo penal, não somente para assegurar eventual indenização civil, mas também para promover o andamento e o deslinde da causa, conforme seus anseios de justiça” (2020, p. 681). Já para Gustavo Badaró, a legitimidade do assistente de acusação para requerer a prisão preventiva é incompatível com o papel de parte secundária, ou *ad coadjuvandum*, que o assistente representa. O referido autor, assim assevera:

[...] Somente a parte acusadora, isto é, o Ministério Público na ação penal pública, ou o querelante, na ação penal privada, podem promover a ação penal e, conseqüentemente, medidas cautelares pra lhe assegurarem a utilidade e eficácia. Poder-se-ia chegar ao cúmulo de o Ministério Público,

isto é, a parte principal, ser contrário à prisão, mas o assistente, a parte secundária e subordinada ao interesse daquela, requerer a prisão (BADARÓ, 2020, p. 1166).

A Autoridade Policial poderá representar pela decretação da prisão preventiva. Trata-se de representação, e não de requerimento, haja vista que a autoridade policial não é parte no processo. A representação da Autoridade Policial será dirigida ao Juiz, que determinará abertura de vista dos autos ao Ministério Público para que este, concordando com os argumentos da autoridade policial, requeira a prisão preventiva. Após, os autos retornam ao juízo para deliberação.

Quanto ao Juiz, a recente redação conferida ao art. 311 do CPP, pela Lei nº 13.964/19, restringiu a possibilidade da decretação de prisão preventiva *ex officio*, ou seja, o Magistrado não poderá mais, de ofício, decretar a prisão, ou qualquer outra medida cautelar, seja durante a fase de investigação, seja no curso da ação penal. Agora, conforme o entendimento do art. 311 do CPP, combinado com o § 2º do art. 282 do mesmo diploma, medidas cautelares só poderão ser impostas ao acusado se forem requeridas pelas pessoas legitimadas para tanto.

Essa restrição foi bem recebida pela doutrina, mostrando-se compatível com o processo penal acusatório, que é o adotado pela nossa legislação. Neste, ao contrário do processo penal inquisitivo, há, ou pelo menos deveria haver, uma total separação do órgão responsável pela acusação do réu, daquele que deverá julgá-lo. Dessa forma preserva-se a imparcialidade do órgão que deverá decidir a causa. Badaró, brilhantemente leciona que:

A restrição é correta. À luz de um processo penal acusatório, em que haja clara separação das funções, não se deve admitir que o juiz tenha poderes para decretar medidas cautelares *ex officio*, principalmente no curso da investigação, quando sequer há imputação formulada pelo Ministério Público ou querelante. Se o juiz, em tal contexto, decretasse uma prisão, comprometeria, inevitavelmente, sua imparcialidade (BADARÓ, 2020, p. 1166).

No entanto, apenas a Autoridade Judiciária terá legitimidade para decretar a prisão preventiva. Tendo sido esta devidamente requerida e justificada pela parte interessada, o Juiz poderá decretá-la, desde que o faça mediante decisão fundamentada. Há que se observar ainda que, em se tratando de ação penal de competência originária dos Tribunais, a prisão preventiva somente poderá ser

decretada pelo Desembargador ou pelo Ministro, que for o relator da referida ação penal.

#### 4.3 Pressupostos para decretação da prisão preventiva

Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade do indivíduo deve ser a regra, e a privação da liberdade a exceção. Conforme leciona Lima (2020), o Magistrado deve dar preferência as medidas cautelares diversas da prisão, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP. A prisão preventiva deve funcionar como *extrema ratio*, isto é, como a última medida, devendo ser aplicada apenas quando as medidas alternativas se mostrarem insuficientes ao caso concreto. Isso está expressamente previsto no Código de Processo Penal, que no § 6º do art. 282 estabelece que:

A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (BRASIL, 1941).

Inicialmente, para a decretação da prisão preventiva, o Juiz deve verificar se o crime em questão admite a prisão cautelar, conforme as hipóteses previstas no art. 313 do CPP. Após, é preciso que haja, simultaneamente, prova da existência do fato, bem como indícios suficientes de autoria, condições que a doutrina denomina como *fumus comissi delicti*. Na sequência o Magistrado deve analisar se estão presentes pelo menos uma das hipóteses do *periculum libertatis*, quais sejam: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Insta ressaltar que os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser atuais, ou seja, contemporâneos à decisão que a decreta.

Por fim, merece destaque a parte final do § 6º do art. 282 do CPP, acima citado, incluída pela Lei nº 13.964/19, impondo à Autoridade Judiciária a obrigatoriedade de fundamentar a decisão que decreta a prisão preventiva, justificando a opção pela medida extrema, bem como demonstrando a

impossibilidade da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão no caso concreto.

#### **4.3.1 *Fumus Commissi Delicti***

O art. 312 do CPP, em seu *caput*, estabelece os pressupostos positivos para a decretação da prisão preventiva, isto é, situações que precisam estar presentes para autorizar a prisão cautelar, dentre elas: prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria. A soma desses dois requisitos resulta no que a doutrina convencionou denominar como *fumus commissi delicti*.

A prova da existência do crime, ou seja, a materialidade delitiva, é a certeza que ocorreu uma infração penal. É necessário que haja prova de que o fato existiu, não sendo possível o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, se houverem sérias dúvidas quanto a existência do próprio crime. Contudo, essa prova não precisa ser definitiva no momento da decretação, conforme leciona Nucci:

Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase probatória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso do homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico posteriormente pode ser apresentado (NUCCI, 2020, p. 685).

O indício suficiente de autoria é a suspeita fundada de que o acusado praticou aquela infração penal. Não se exige uma prova que demonstre cabalmente a culpa, nem se exige que o magistrado tenha certeza da autoria, já que isso seria inviável em um juízo meramente cautelar, em um momento que ocorre muito antes do julgamento de mérito. Contudo, o indício deve ser convincente, idôneo, que possa levar o juiz, no momento da decisão, a uma convicção provisória de que o acusado é o autor da infração.

Para Badaró (2020), a decretação da prisão cautelar exige a existência de “indício suficiente”, isto é, que demonstre a probabilidade de autoria. O art. 239 do CPP define o termo “indício” como sendo uma prova indireta que, tendo relação com um fato, permite ao juiz, por indução, concluir pela existência de outras

circunstâncias. Como exemplo de indício, Nucci cita a seguinte situação: “quando surge uma prova de que o suspeito foi encontrado com a arma do crime, sem apresentar versão razoável para isso, trata-se de um indício – não de uma prova plena – de ser o autor da infração penal” (2020, p. 685).

#### **4.3.2 *Periculum Libertatis***

A presença apenas do *fumus commicci delicti*, no entanto, não basta para que o Juiz possa decretar a prisão preventiva do acusado. Além da prova da existência do crime somado ao indício suficiente de autoria, o art. 312 CPP também estabelece as situações que autorizam o encarceramento cautelar do agente, quais sejam: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal.

O *periculum libertatis* é, portanto, o perigo que a liberdade do agente pode representar para a sociedade, ou para o andamento do processo. A Lei nº 13.964/2019 acrescentou no *caput* do art. 312 do CPP a seguinte redação: “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. Para a doutrina, contudo, isso não representa a criação de um novo requisito para a prisão preventiva, mas apenas uma referência ao gênero *periculum libertatis*, já que precisa haver um perigo gerado pelo estado de liberdade nas quatro situações elencadas no referido diploma legal (BADARÓ, 2020).

Por óbvio, para decretação da prisão preventiva basta que esteja presente pelo menos uma das quatro hipóteses que representam o *periculum libertatis* do imputado. Entretanto, os motivos ensejadores da prisão devem ser atuais, contemporâneos. Nas palavras do autor Badaró: “os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta” (2020, p. 1171). Esse já era o entendimento da jurisprudência, mas agora foi positivado pela Lei 13.964/2019, que acrescentou o § 2º ao art. 312 do CPP com a seguinte redação: “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.”

A garantia da ordem pública, para Guilherme de Souza Nucci (2020), é a hipótese de *periculum libertatis* que possui a mais ampla, e flexível, interpretação no momento de se avaliar a necessidade da prisão preventiva. Nas palavras do autor:

Entende-se pela expressão a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente (NUCCI, 2020, p. 685-686).

O Magistrado, diante do caso concreto, deverá avaliar vários fatores, como a gravidade concreta da infração, sua repercussão social, bem como a periculosidade do agente. O objetivo do Juiz, se decretar a prisão preventiva para a “garantia da ordem pública”, deve ser o de evitar que o acusado volte a cometer delitos, ou seja, resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do imputado.

A Lei nº 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste, inseriu no art. 312 do CPP a possibilidade de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem econômica. O conceito desse pressuposto é semelhante ao da garantida da ordem pública, mas relacionado a crimes contra a ordem econômica, ou seja, crimes relacionados a grandes golpes no mercado financeiro, que acabam por prejudicar a credibilidade do sistema financeiro.

Para Renato Brasileiro de Lima, a garantia da ordem econômica possibilita que o agente seja preso preventivamente caso exista o risco de reiteração delituosa em relação aos crimes que “perturbem o livre exercício de qualquer atividade econômica, com abuso do poder econômico, objetivando a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (2020, p. 1068-1069).

A prisão preventiva “por conveniência da instrução criminal” tem por finalidade garantir o devido processo legal, no seu aspecto procedimental. Pode ser aplicada quando o acusado praticar ações que visem perturbar o correto desenvolvimento da instrução criminal. São exemplos: ameaçar ou tentar subornar testemunhas, peritos, o órgão acusatório, a vítima e até mesmo o juiz da causa; apagar vestígios do crime;

ocultar ou destruir provas; enfim qualquer tentativa de atrapalhar a apuração dos fatos e o andamento da persecução criminal.

A prisão preventiva para “garantir a aplicação da lei penal” poderá ser decretada quando o agente demonstrar que tem a intenção de fugir do distrito da culpa, frustrando a futura execução da pena. Para Nucci, a garantia da aplicação da lei penal significa “assegurar a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício de seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal” (2020, p. 689). Contudo, o perigo de fuga precisa ser demonstrado nos autos com elementos concretos, e não presumidos.

O § 1º do art. 312 prevê mais uma hipótese de *periculum libertatis*, a prisão preventiva em decorrência do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Todavia, essa hipótese, diferentemente das anteriores, não permite que se decrete a prisão cautelar desde o início, mas somente em substituição à medida alternativa descumprida.

#### **4.4 Hipóteses de admissibilidade da prisão preventiva**

O art. 313 do CPP estabelece as hipóteses em que a lei admite a prisão preventiva. Isso porque, mesmo preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP, não são todos os crimes que comportam a prisão cautelar. O inciso I do art. 313 determina que será admitida a decretação da prisão preventiva “nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos”. Dessa forma, não cabe prisão cautelar para crimes culposos ou contravenções penais, salvo disposição específica contida no § 1º, do art. 313 do CPP.

Para Nucci (2020) o inciso está correto pois, seria desproporcional o recolhimento cautelar do agente de delito não intencional, cuja periculosidade é pequena para sociedade, e cujas penas são de menor proporção, cabendo, na maioria dos casos, a aplicação de penas alternativas à privação da liberdade. No mesmo sentido, Renato Brasileiro leciona que:

Atento ao princípio da proporcionalidade, o dispositivo visa evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infligido ao acusado quando de seu término. Ou

seja, ao decretar a prisão preventiva, deve o juiz fazer um prognóstico se, ao término do processo, ao réu poderá ser aplicada pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz, *ab initio*, percebe que o crime cometido pelo agente terá sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, não faz sentido que decrete uma prisão preventiva. Impõe-se, pois, a observância da homogeneidade ou proporcionalidade entre a prisão preventiva a ser decretada e eventual condenação a ser proferida (LIMA, 2020, p. 1075).

O inciso II, do art. 313 do CPP, admite a prisão cautelar se o acusado “tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”. Nessa hipótese, não importa a quantidade da pena máxima em abstrato do delito, mas se o acusado é reincidente em crime doloso. Isto é, somente poderá ser decretada a prisão do investigado que, cometendo um novo delito doloso, tenha sido condenado anteriormente, por crime doloso e por sentença irrecorrível, e desde que não tenha transcorrido mais de cinco anos do cumprimento da pena do delito anterior.

O inciso III, do art. 313 do CPP, permite a prisão preventiva do agente “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) já previa a possibilidade de prisão preventiva do agressor, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. O Código de Processo Penal, conforme o inciso citado acima, ampliou o cabimento da prisão cautelar ao incluir no rol das vítimas crianças, adolescentes, idosos, enfermos e pessoa com deficiência.

O § 1º do art. 313 do CPP estabelece mais uma hipótese de prisão preventiva ao dispor que:

Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL, 1941).

Para que o Estado, detentor do *jus puniendi*, possa iniciar a persecução penal, é fundamental que se saiba contra quem será instaurado o processo, a fim de se evitar possíveis erros judiciários com a instauração de processos criminais contra eventuais homônimos do acusado. E, diferentemente das hipóteses previstas nos

incisos do art. 313 do CPP, o § 1º desse diploma não faz menção à natureza do delito. Logo, nesse caso, a prisão preventiva pode ser decretada, não importando se o crime é doloso ou culposos, nem a pena cominada à infração.

Contudo, a prisão cautelar decretada sob o argumento de que se destina a conhecer a verdadeira identidade do acusado, só será justificável se as diligências policiais, normalmente feitas previamente, não obtiverem êxito na identificação do indiciado. A duração da prisão, nessa hipótese, deve ser o tempo estritamente necessário para se obter a identificação do suspeito, devendo este ser posto imediatamente em liberdade após sua identificação, a menos que existam outros motivos que permitam a manutenção da medida. Quanto a necessidade de que o próprio agente deve fornecer os elementos necessários à sua identificação, Renato Brasileiro leciona que:

Segundo o §1º do art. 313 do CPP, a prisão preventiva poderá ser decretada quando, havendo dúvida sobre a identidade civil da pessoa, esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Certamente, haverá quem diga que referido dispositivo seria incompatível com o direito que assiste ao acusado de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), porquanto a prisão preventiva do agente poderia ser decretada caso ele não fornecesse elementos para esclarecer sua identidade. A nosso ver, é certo que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal (LIMA, 2020, p. 1080).

Na jurisprudência está pacificado o entendimento de que o agente comete o crime de falsa identidade se, ao ser preso, identifica-se com nome falso, visando ocultar seus maus antecedentes. Nesse sentido, a súmula nº 522 do STJ estabelece: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

#### **4.5 Circunstâncias impeditivas da prisão preventiva**

A prisão preventiva não poderá ser decretada, conforme disposto no art. 314 do CPP, se o agente tiver praticado o delito acobertado por umas das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, e desde que essa situação possa ser verificada pelas provas constantes dos autos. São as excludentes de ilicitude

previstas no Código Penal: o estado de necessidade; a legítima defesa; o estrito cumprimento de dever legal ou o exercício regular de direito.

Por óbvio, não se pode exigir que haja prova cabal da excludente de ilicitude, mas deverá haver, ao menos, fortes indícios dessas condições. Sendo esse o caso, o réu deve aguardar o julgamento em liberdade, tendo em vista que a sentença só será proferida ao término da instrução. Nesse sentido:

Embora o CPP determine que a prisão não será decretada “se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos” ter sido o fato acobertado por excludente de ilicitude, não se exige a certeza da ocorrência de tal excludente. “Verificar” não é a mesma coisa que “ter certeza”. Aliás, não se pode ignorar que, em sede de medidas cautelares, não se exige uma cognição exauriente, bastando a cognição sumária dos requisitos da medida (BADARÓ, 2020, p. 1168).

Insta ressaltar ainda que, para a doutrina, o art. 314 do CPP também é aplicável nas causas excludentes de culpabilidade, isto é, não poderá ser preso preventivamente o acusado que agiu sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Para Renato Brasileiro isso se justifica pois:

Ora, se o próprio Código de Processo Penal autoriza a absolvição sumária do agente quando o juiz verificar a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade (CPP, art. 397, II), seria de todo desarrazoado permitir-se a decretação da prisão preventiva em tal situação (LIMA, 2020, p. 1081).

Badaró (2020) vai além, ao defender que quando estiver presente uma das causas excludentes de ilicitude, ou de culpabilidade, nenhuma medida cautelar poderá ser imposta ao réu. Isto é, não se poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nem a prisão temporária, nem mesmo impor ao agente qualquer das medidas alternativas à prisão previstas no Código de Processo Penal.

#### **4.6 Revogação da prisão preventiva e sua revisão periódica**

Conforme dispõe o art. 316 do CPP, “o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo,

verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”. A prisão preventiva, quando necessária, poderá ser decretada a qualquer tempo da persecução penal, desde que presentes seus requisitos. Bem como, deverá ser revogada quando tornar-se desnecessária a sua manutenção. Importante lembrar que o Juiz não pode decretar a prisão preventiva “de ofício”, sendo necessário requerimento da acusação. Contudo, uma vez deferida, a sua revogação poderá ser *ex officio*, conforme se depreende do caput do diploma acima citado.

O exemplo clássico, citado pela doutrina, seria a prisão preventiva decretada para a conveniência da instrução criminal, em razão de o acusado ter ameaçado a vítima ou a testemunha arrolada nos autos. Após a audiência em que estas já foram ouvidas, a prisão cautelar torna-se desnecessária, devendo ser esta revogada se não houver outro motivo que a justifique. Uma importante alteração trazida pela Lei nº 13.964/2019 foi a inclusão do parágrafo único no art. 316 do CPP com a seguinte redação: “decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”. Essa alteração foi bem recebida pela doutrina:

Cuida-se de correta providência legislativa, evitando-se a perpetuação da prisão preventiva, que não possui prazo legal para terminar. Então, cabe ao magistrado justificar a cada 90 dias as razões que o levam a manter a custódia cautelar, sob pena de gerar constrangimento ilegal. Esse constrangimento pode originar-se da omissão do juiz em justificar a manutenção da preventiva ou da fundamentação insuficiente ou inidônea (NUCCI, 2020, p. 693).

Quanto a necessidade de “decisão fundamentada”, convém lembrar que o novo § 2º do art. 312 determina que o fundamento para a prisão preventiva deve ser a “existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida”. No período de 90 dias em que o acusado permaneceu preso, a persecução penal obrigatoriamente terá se desenvolvido, e o estado das provas pode ter se alterado. Por isso, para a manutenção da prisão cautelar, deverão ser invocados fatos posteriores à decretação da preventiva, ou contemporâneos à decisão que a prorroga.

Por óbvio, o Magistrado não precisa esperar o prazo máximo de 90 dias para rever a medida cautelar. O Juiz pode fazê-lo a qualquer momento. Contudo, a ausência de revisão periódica, a cada 90 dias pelo menos, pode implicar na ilegalidade da prisão preventiva. E, nesse ponto, torna-se importante diferenciar a “revogação da prisão preventiva” do “relaxamento da prisão preventiva”.

Não se deve confundir o relaxamento da prisão preventiva com a sua **revogação**. A **prisão preventiva ilegal será relaxada**. É mandamento constitucional que “a *prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*” (art. 5.º, *caput*, LXV). Coisa distinta é a **revogação** da prisão preventiva que foi legalmente decretada, mas no curso da persecução penal **tornou-se desnecessária** (BADARÓ, 2020, p. 1190).

Entretanto, esse dispositivo recentemente foi alvo de grande polêmica. Em 02/10/2020, em medida cautelar no Habeas Corpus nº 191.836/SP, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar, determinou a soltura do réu André Oliveira Macedo, conhecido como “André do Rap”, por entender que havia constrangimento ilegal na manutenção da prisão preventiva, tendo em vista que o réu estava preso há mais de 90 dias sem formação de culpa, e sem renovação da fundamentação da prisão.

André Oliveira Macedo é reconhecido pela polícia como um dos líderes da facção criminosa conhecida como Primeiro Comando da Capital (PCC). “André do Rap”, preso desde setembro de 2019, possui diversas condenações penais, inclusive uma em segunda instância por tráfico internacional de drogas, cujas penas, somadas, resultam em mais de 25 anos de prisão. O referido réu foi solto na manhã do dia 10/10/2020, sábado, e somente após a soltura houve manifestação da Procuradoria-Geral da República, impugnando a decisão liminar. O Ministro Luiz Fux, no próprio dia 10, suspendeu a liminar por meio da Suspensão de Liminar (SL) 1.395/SP, determinando novamente a prisão do réu André.

A SL (Suspensão de Liminar) 1.395/SP foi julgada pelo plenário do referido Tribunal Superior, nos dias 14 e 15/10/2020 e, por 10 votos a 1, os ministros fixaram a seguinte tese: “A inobservância do prazo nonagesimal do Artigo 316, do CPP, não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade dos seus fundamentos”. Ficou vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que entendeu que o STF invadiu a competência do Poder Legislativo para decidir a questão.

## **5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍNEA “E” DO INCISO I DO ART. 492 DO CPP INSTITUÍDO PELA LEI Nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) FRENTE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

### **5.1 A Lei nº 13.964/2019**

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Lei Anticrime”, e também como “Pacote Anticrime”, é na verdade o resultado da reunião de dois projetos de lei apresentados anteriormente à Câmara dos Deputados. O primeiro projeto, elaborado por uma comissão de juristas coordenada pelo Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal, foi apresentado no Congresso em maio de 2018, contendo propostas para o combate ao crime organizado e ao tráfico de drogas e armas.

O segundo projeto de lei, elaborado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, foi apresentado ao Poder Legislativo em fevereiro de 2019. O projeto, já denominado de “lei anticrime”, apresentou propostas com o objetivo de se combater, com mais efetividade, os crimes de corrupção, o crime organizado, bem como os crimes violentos. No Parlamento, contudo, o projeto passou por mudanças e emendas de iniciativa parlamentar, sendo retirados alguns pontos do texto original, como a prisão após condenação em segunda instância.

No dia 04 de dezembro de 2019 a Câmara dos Deputados aprovou o texto-base do “Pacote Anticrime”, que foi sancionado pelo Presidente Jair Bolsonaro, com 25 vetos, no dia 24 de dezembro de 2019, recebendo a Lei o nº 13.964/2019. Publicada em edição extra do Diário Oficial da União do próprio dia 24 de dezembro, a referida Lei entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, 30 dias após sua publicação oficial, conforme estabelecido em seu art. 20.

A Lei nº 13.964/2019 promoveu alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, entre outras como a Lei de Armas e a Lei de Drogas. No CPP, a título de exemplo, foi introduzida a figura do Juiz de Garantias, o acordo de não persecução, a cadeia de custódia para recolhimento e guarda dos vestígios do crime, e a execução provisória das penas em caso de condenação no Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de prisão, ainda que haja interposição de eventual recurso.

## 5.2 O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 / Distrito Federal

A discussão envolvendo o momento da prisão para o cumprimento da pena não é uma questão recente. O Supremo Tribunal Federal alterou o seu posicionamento nos últimos anos, até o julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 em novembro de 2019.

A Constituição atual estabelece expressamente, em seu art. 5º, inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Entretanto, apenas em 2009 a Corte Suprema, no julgamento do HC 84.078/MG, assentou o entendimento de que a execução antecipada da pena era inconstitucional. O Plenário do Supremo, por sete votos a quatro votos, concedeu o Habeas Corpus, permitindo que o réu, condenado em segunda instância pelo TJ/MG, recorresse do acórdão em liberdade.

Esse entendimento prevaleceu até fevereiro de 2016 quando o referido Tribunal, no julgamento do HC 126.292/SP, pelo mesmo placar de 7 a 4, mudou o entendimento da Corte, admitindo a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância. Em outubro do mesmo ano, no julgamento liminar das ADCs 43 e 44, o novo posicionamento foi mantido.

O Supremo Tribunal Federal, em abril de 2018, foi mais uma vez instado a se manifestar sobre a prisão em segunda instância, agora em um caso de grande repercussão nacional: o julgamento do HC nº 152.752/PR, do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Pelo apertado placar de 6 a 5, os Ministros mantiveram o entendimento de ser possível a execução antecipada da pena, seguindo a jurisprudência atual daquele momento. Entendimento que se manteve até o julgamento definitivo das ADCs 43, 44 e 54 / DF.

A ADC 43/DF foi protocolada no Supremo Tribunal Federal no dia 19/05/2016, ajuizada pelo então Partido Ecológico Nacional – PEN, hoje Partido Patriota, visando a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal que, na redação dada pela Lei 12.403/2011 e vigente no momento do julgamento, possuía 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 sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

A referida ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio Mello, que se tornou o Relator do feito. Em 20/05/2016 foi protocolada a ADC 44/DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e, em 18/04/2018, a ADC 54/DF, de autoria do Partido Comunista do Brasil – PCdoB. Ambas as ações buscando o assentamento da harmonia do art. 283 do CPP com a Constituição Federal. Por tratarem de matéria idêntica, estas foram apensadas à ADC 43/DF, para o julgamento conjunto que seria realizado mais tarde.

Importante mencionar que, apesar de ter sua redação alterada pela Lei nº 13.964/2019, o art. 283 do CPP não sofreu uma alteração consubstancial que pudesse ensejar novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua conformidade com a Constituição vigente. Sua nova redação estabelece 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”.

O julgamento definitivo das ADCs 43, 44 e 54 teve início no dia 17/10/2019, com leitura do relatório e a sustentação oral de diversos juristas que, de forma brilhante, expuseram seus argumentos, contrários e favoráveis à prisão após condenação em segunda instância. Em continuação, no dia 23/10/2019, o primeiro Ministro a votar, como é de praxe, foi o Relator da ação, o Ministro Marco Aurélio que, votou pela procedência do feito, e manteve seu posicionamento contrário à possibilidade de execução antecipada da pena.

Em seguida votou o Ministro Alexandre de Moraes, que inaugurou a divergência pela constitucionalidade do início da execução da pena após a decisão de segundo grau. Também acompanharam a divergência os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Suspenso, o julgamento foi retomado no dia 24/10/2019, iniciando com o voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhou o relator. Na sequência votou o Ministro Luiz Fux, acompanhando a divergência, e depois o Ministro Ricardo Lewandowski, que votou contra a prisão em segunda instância.

Finalmente no dia 07/11/2019 votaram os demais Ministros. A primeira a votar na sessão foi a Ministra Cármen Lúcia que, acompanhando a divergência, votou a

favor da prisão em segunda instância. Após votaram os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, contrários a execução provisória da pena. Neste momento a votação estava empatada. Último a votar, o então Presidente do Supremo, Ministro Dias Toffoli, concluiu seu voto contra a prisão em segunda instância, finalizando o polêmico julgamento. Assim ficou a ementa do referido acórdão:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. A C Ó R D Ã O. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação e assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 7 de novembro de 2019. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR (BRASIL, 2019, p. 2).

Até então, apenas os casos concretos sobre o tema haviam sido julgados. Agora, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, de modo definitivo, que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância.

### **5.3 A posição majoritária do STF frente a prisão em segunda instância**

Seis foram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, são eles: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello; Rosa Maria Pires Weber; Enrique Ricardo Lewandowski; Gilmar Ferreira Mendes; José Celso de Mello Filho; e José Antonio Dias Toffoli.

O Ministro Marco Aurélio, o Relator da ação, como é praxe, foi o primeiro a votar. Nos julgamentos dos HCs anteriores o Ministro sempre votou contra a execução provisória da pena e, manteve, no julgamento das ADCs, o mesmo posicionamento. Para Marco Aurélio, antecipar a execução da pena importaria também a antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Nas palavras do Ministro:

Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da sanção (BRASIL, 2019, p. 30).

Destaca o Ministro que, a custódia provisória, necessariamente deve estar associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada. “A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão” (BRASIL, 2019, p.30).

Para Marco Aurélio, o princípio da presunção de inocência, consagrado no inciso LVII, não abre campo para controvérsias semânticas. A literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas: a culpa é pressuposto para a sanção, e a constatação da culpa ocorre apenas com a preclusão maior, isto é, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória. A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva (BRASIL, 2019, p. 32-33).

No julgamento do HC nº 126.292, o Ministro defendeu que há uma máxima na hermenêutica segundo a qual, “onde o texto é claro e preciso cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica”. Traçando um paralelo com o campo patrimonial, Marco Aurélio lembra que o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso o título seja reformado. Contudo, no campo penal, questiona o julgador:

Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa (BRASIL, 2019, p.34).

O princípio da presunção de inocência, ou princípio da não culpabilidade, é uma garantia que a Constituição Federal vincula ao trânsito em julgado. Isso demonstra a constitucionalidade o art. 283 do CPP, que reproduz a cláusula pétrea da Lei Maior, que não pode ser alterado nem mesmo por emenda constitucional. A garantia constitucional vem acompanhada de fundamento: “coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores” (BRASIL, 2019, p. 36).

A Ministra Rosa Weber iniciou seu voto relatando as três ADCs em julgamento. Após, citou o princípio constitucional da presunção de inocência, segundo o qual, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A Ministra deixa claro que a garantia da presunção de inocência, da maneira que foi posta na atual Constituição, não encontra paralelismo em nenhuma das Constituições anteriores, que se limitavam a dizer que ninguém seria preso, ou conservado na prisão, sem “culpa formada”, com as ressalvas previstas na lei. Nas palavras da Ministra:

Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expresse, ao definir, com todas as letras, queiramos ou não, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória. Repito, in verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 2019, p. 139-140).

Para Weber, a Constituição vigente não assegura apenas uma presunção de inocência meramente “principlológica”, já que o texto constitucional delimitou o âmbito semântico do conceito legal de culpa, para fins de condenação criminal, ao afirmar, categoricamente, que a culpa supõe o trânsito em julgado. No entendimento da Ministra, a “presunção de inocência, assegurada nos instrumentos internacionais, lida segundo a ótica da Constituição, perdura, íntegra, enquanto não transitar em julgado a decisão condenatória” (BRASIL, 2019, p. 185).

Outro importante conceito envolvido na questão é o do termo “trânsito em julgado” que, no entendimento da Ministra, é “o momento do processo em que a decisão adquire, como predicado, o caráter de definitividade ao passar à situação

jurídica conhecida como coisa julgada” (BRASIL, 2019, p. 185). Rosa Weber cita ainda a definição do termo nas palavras do autor Barbosa Moreira:

Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso” (MOREIRA, 2011, p. 679 apud BRASIL, 2019, p. 185-186).

Conforme destaca a Ministra em seu voto, apesar de serem semelhantes em seus efeitos, a prisão cautelar e a prisão pena possuem conceitos bem diferentes. A pena criminal, para Weber, é a sanção imposta pelo Estado em retribuição à conduta tipificada como criminosa, sanção esta legitimada pela sentença condenatória. E, “o fundamento jurídico legitimador da pena não é outro senão a **culpa: *nulla poena sine culpa***” (BRASIL, 2019, p. 180).

Já as medidas cautelares com efeitos penais, embora produzam efeitos restritivos sobre a liberdade do acusado, não têm finalidade retributiva, isto é, não configuram uma modalidade de pena e, portanto, precedem a culpa. As prisões cautelares, também chamadas de prisões provisórias – temporária e preventiva –, procuram resguardar determinados interesses humanos e sociais, relativos à instrução do processo criminal, como à garantia da ordem pública, à garantia da ordem econômica, ou para assegurar a efetiva aplicação da lei penal.

Portanto, em se tratando da prisão pena, o fundamento da prisão é a formação da culpa e, conforme norma expressa da Constituição, essa convicção, ou seja, “a culpa”, somente pode irradiar seus efeitos normativos a partir do momento definido como trânsito em julgado da condenação criminal. Para a Ministra:

Gostemos ou não, esta é a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor. [...] Lembre-se a lição de Beccaria: “do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto” (Dos Delitos e Das Penas). (BRASIL, 2019, p. 181).

O Ministro Ricardo Lewandowski iniciou seu voto lembrando o compromisso que os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm de cumprir a Constituição e as

leis da República, sem concessões a opinião pública e nem a grupos de pressão. Menciona o Ministro que a presunção de inocência, como uma garantia individual, é uma cláusula pétrea da Constituição, que não poderia ser alterada nem mesmo por emenda constitucional:

Mesmo aos deputados e senadores é vedado, ainda que no exercício do poder constituinte derivado do qual são investidos, extinguir ou minimizar a presunção de inocência, plasmada na Constituição de 1988, porquanto foi concebida como um antídoto contra a volta de regimes ditatoriais, como aquele instalado no Brasil depois de 1964, em que sequestros, torturas, desaparecimentos e o encarceramento sistemático de dissidentes políticos eram praticados sob as vistas de um Judiciário emasculado pelos atos de exceção, quando não complacente com os desmandos (BRASIL, 2019, p. 252).

Por isso, continua o Ministro, com muito mais razão também não é dado aos juízes alterar as garantias individuais pela via da interpretação, pois esbarrariam nos intransponíveis obstáculos das cláusulas pétreas, que são os verdadeiros pilares de nossas instituições democráticas. Lewandowski lembrou que manteve sempre o mesmo entendimento e destacou que a opção do constituinte brasileiro foi no sentido de não admitir a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, isso em decorrência das notórias distorções que, desde os tempos coloniais, caracterizam uma persecução penal branda com os privilegiados, e implacável com os desassistidos. Quanto as pressões populares o Ministro ponderou:

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais (BRASIL, 2019, p. 255).

Para o Ministro, no julgamento de 2016, a Corte retirou do inciso LVII, do art. 5º da Constituição um sentido que dele não se poderia extrair, nem mesmo no mais elástico dos entendimentos, mas que resultou na ofensa de um mandamento constitucional claro, unívoco, direto e objetivo. Lewandowski defende ainda não ser

possível superar a taxatividade da presunção da inocência, a não ser em situação de cautelaridade, “por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, em relação ao qual não cabe qualquer tergiversação” (BRASIL, 2019, p. 256).

O Ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto lembrando seus posicionamentos sobre o tema. O Ministro destacou que desde as primeiras manifestações sobre a matéria, ressaltou a preocupação com a possibilidade de prisões decretadas de modo automático, sem a devida motivação, sem a devida individualização de cada caso concreto. A ementa do HC 126.292, julgado em 2016 pela Corte, assentou que a execução provisória seria uma possibilidade, e não uma obrigatoriedade. Para Mendes, portanto, houve um desvirtuamento dos tribunais que passaram a entender, de maneira equivocada, pela execução automática após a condenação em segunda instância:

Como afirmei no julgamento do HC 152.752: “a execução antecipada da pena de prisão, após julgamento em 2ª instância, na linha do quanto decidido por esta Corte, **seria possível**. Porém, essa **possibilidade** tem sido aplicada pelas instâncias inferiores automaticamente, para todos os casos e em qualquer situação, independentemente da natureza do crime, de sua gravidade ou do quantum da pena a ser cumprida” (BRASIL, 2019, p. 292).

Pontua também o Ministro Gilmar que o inciso LVII do art. 5º da CF é “auto evidente”, não sendo possível dar interpretação diversa a um dispositivo com uma determinação tão clara. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo do Estado. Já a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos é justamente o que autoriza a existência de prisões cautelares, como as prisões preventivas e temporárias.

O Ministro Celso de Mello iniciou o seu voto fazendo um brilhante discurso contra a corrupção, enfatizando ainda que, independentemente do posicionamento de cada Ministro sobre a execução antecipada da pena, nenhum integrante do Supremo discorda ou é contrário à necessidade de se combater, de se reprimir com vigor os crimes de corrupção. Para o Ministro, apesar de todos os cidadãos terem o direito à livre expressão de suas ideias e pensamentos, os julgamentos do Poder Judiciário devem ser proferidos em ambiente de serenidade, e não podem se deixar contaminar por juízos paralelos, resultantes de manifestações da opinião pública que

tenham por objetivo condicionar o pronunciamento de Magistrados e Tribunais. Celso de Mello enfatizou que o Supremo Tribunal Federal “não julga em função da qualidade das pessoas, ou de sua condição econômica, política, social ou funcional” (BRASIL, 2019, p. 352).

A presunção de inocência, como destacou o Ministro, é um direito fundamental de qualquer pessoa sujeita a atos de investigação, ou de persecução penal, independentemente da natureza do delito a ela atribuído. Ressaltou ainda que, antes do julgamento definitivo, todo acusado é inocente e, toda prisão antes do trânsito em julgado terá sempre natureza de prisão cautelar.

Vê-se, desse modo, que há mais de 30 (trinta) anos tenho julgado a controvérsia ora em exame sempre no mesmo sentido, ou seja, reconhecendo, expressamente, com fundamento na presunção de inocência, que as sanções penais somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, em razão de as penas impostas ao condenado, a qualquer condenado, dependerem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou, eis que o postulado constitucional do estado de inocência consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de comportar-se, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário (BRASIL, 2019, p. 363).

A respeito de uma possível impunidade, gerada pela prescrição em decorrência de excessivos recursos, Celso de Mello ponderou que, estando previstos na lei, não é um problema do Judiciário. Os recursos podem e devem ser utilizados, de maneira que, se não o forem, o advogado estaria infringindo seus deveres profissionais ao assistir seu cliente de forma inepta. Ressalta também o Ministro que a lei prevê alguns filtros visando barrar o exagero recursal, como a necessidade de se demonstrar a repercussão geral nos recursos extraordinários, bem como a possibilidade de decisão monocrática nos recursos especiais, quando a tese já estiver sedimentada em sentido contrário ao pretendido no recurso.

Porém, ainda que se insista que existem recursos demais, esse é um problema da lei. Poderia o legislador restringir as hipóteses de recursos especiais e extraordinários, ampliar seus requisitos, dificultar sua interposição, como propôs o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso em anteprojeto de emenda constitucional. Assim, o processo terminaria mais cedo e seria possível executar a pena sobre culpados, sobre decisões transitadas em julgado” (BRASIL, 2019, p. 368).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello ainda se manifestou contrário à execução imediata de sentença condenatória recorrível proferida pelo Tribunal do Júri. Para o Ministro, não cabe invocar a soberania dos veredictos, que possui o Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução “antecipada” da pena, haja vista que a soberania dos veredictos não transforma a sentença do Tribunal Popular em decisão intangível, até mesmo porque é admissível a interposição de recurso de apelação, conforme o inciso III do art. 593 do CPP.

A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular (BRASIL, 2019, p. 411).

O último a votar, decidindo a causa que estava empatada até o momento, foi o Ministro Dias Toffoli, então Presidente da Suprema Corte. O Ministro iniciou seu voto fazendo uma contextualização histórica do tema até o momento do julgamento, bem como enfatizou que o objeto da ação é a compatibilidade, ou não, do art. 283 do CPP com a Constituição Federal, especificamente frente ao princípio da presunção de inocência. Toffoli votou pela constitucionalidade do art. 283 do CPP e, conseqüentemente, contra a prisão após condenação em segunda instância, contudo, defendeu a execução imediata da pena aplicada pelo Tribunal do Júri.

Para o Ministro, “o princípio constitucional da soberania dos veredictos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto a seu mérito” (BRASIL, 2019, p. 474). Sobre esse princípio constitucional essencial para os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, Toffoli citou em seu voto o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

A soberania dos veredictos é a alma do Tribunal Popular, assegurando-lhe o efetivo poder jurisdicional e não somente a prolação de um parecer, passível de rejeição por qualquer magistrado togado. Ser soberano significa atingir a supremacia, o mais alto grau de uma escala, o poder absoluto, acima do qual inexistente outro. Traduzindo-se esse valor para o contexto do veredicto popular, quer-se assegurar seja esta a última voz a decidir o caso, quando apresentado a julgamento no Tribunal do Júri’ (NUCCI, 2015a, p. 495).

No entanto, o Ministro ponderou em seu voto a mitigação da soberania dos veredictos frente ao art. 593 do CPP, que prevê as hipóteses em que é cabível o recurso de apelação da decisão do Conselho de sentença:

Não ignoro, entretanto, a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o veredito do júri, embora soberano, não é absoluto. Todavia, essa soberania somente pode ser mitigada quando da necessidade de se verificar a existência de aspectos técnico-jurídicos e questões de direito em um rol extremamente exaustivo [...] a contrariedade entre a decisão e a prova que desafia recurso é aquela que está manifesta, evidente, patente nos autos. Essa circunstância, em princípio, seria dotada de legitimidade jurídica, em seus aspectos formais e materiais, para mitigar o preceito constitucional da soberania sem afrontá-lo (BRASIL, 2019, p. 475-476).

O Ministro Toffoli defendeu ainda que a opção legislativa expressa no art. 283 do CPP não se confunde com a cláusula pétrea da presunção de inocência e, por isso, seria possível ao Poder Legislativo dispor sobre o tema, inclusive em sentido diverso, desde que respeitada a presunção de inocência, essa sim imutável. Por fim, o Ministro destacou que o julgamento da Corte não impede que seja decretada a prisão cautelar, tanto nos casos pendentes quanto nos que venham a ser analisados, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 312 do CPP.

#### **5.4 Os votos vencidos no STF frente a prisão em segunda instância**

Cinco foram os Ministros do Supremo Tribunal Federal que votaram a favor da prisão após condenação em segunda instância, são eles: Alexandre de Moraes; Luiz Edson Fachin; Luís Roberto Barroso; Luiz Fux; e Cármen Lúcia Antunes Rocha.

Alexandre de Moraes, o segundo Ministro a votar, foi o primeiro a divergir do Relator. Para Moraes, a possibilidade de se iniciar a execução da pena após a decisão condenatória de 2º grau não viola o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que está é uma presunção *juris tantum*, ou seja, é uma presunção relativa e, portanto, pode ser afastada com a existência de um mínimo necessário de provas, produzidas por meio de um devido processo legal. Nas palavras do Ministro:

A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio. Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); (d) obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador (BRASIL, 2019, p. 57).

Para o Ministro, a condicionante constitucional ao “trânsito em julgado”, prevista no inciso LVII do art. 5º da Constituição, precisa ser analisada em sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível realizar a delimitação do âmbito normativo do princípio da presunção de inocência em face aos demais princípios constitucionais penais, especialmente os da efetividade da tutela jurisdicional, do juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são insitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência (BRASIL, 2019, p. 58).

A interpretação constitucional, continua o Ministro, deve superar as aparentes contradições entre os princípios mencionados por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmoniosa, prestigiando o esquema organizatório-funcional estabelecido na Carta Magna. Assevera ainda Moraes que as instâncias ordinárias não podem ser transformadas em “meros juízos de passagem” sem que haja qualquer efetividade de suas decisões penais:

A decisão condenatória de 2º grau esgota a possibilidade legal de análise probatória e, formando o “juízo de consistência”, afasta a não culpabilidade do réu, impondo-lhe pena privativa de liberdade e, de maneira fundamentada com a remissão da Súmula do próprio Tribunal, determina o início da execução da pena imposta pelo último grau de jurisdição ordinária com cognição plena (BRASIL, 2019, p. 62).

O Ministro Edson Fachin iniciou seu voto explicando o alcance do princípio da presunção de inocência, bem como também destacou que, nos tribunais superiores,

o âmbito de análise dos recursos é limitado, não sendo possível, por exemplo, a revisão de provas.

O art. 102, III, da Constituição prevê as hipóteses de admissibilidade do recurso extraordinário. Em regra, é preciso que a decisão recorrida contrarie algum dispositivo constitucional. Para o Ministro Fachin, os recursos extraordinários nunca tiveram efeito suspensivo, conforme estabelecia o art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90 c/c o art. 637 do CPP. Atualmente, isso se depreende dos art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC. O que equivale dizer que permanece excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal.

Note-se que é apenas em relação à constitucionalidade da interpretação que se restringe o julgamento do Supremo Tribunal Federal. O reexame das provas é vedado não em razão de uma Súmula que assim o determina, mas porque o recurso se destina exclusivamente a examinar questão de direito, qual seja, a constitucionalidade da interpretação fixada pelas instâncias inferiores (BRASIL, 2019, p. 85).

Como o âmbito de análise dos recursos extraordinários é limitado, não seria possível o reconhecimento de efeito suspensivo automático. Ainda que seja invocado o princípio da não culpabilidade, essa presunção não pode desconstruir a presunção de constitucionalidade das leis. Assevera ainda o Ministro que, o princípio da presunção de inocência deve ser interpretado em conexão com outros princípios e regras constitucionais que, considerados com igual importância, “não permitem a conclusão segundo a qual, apenas após esgotadas as instâncias extraordinárias, é que se pode iniciar a execução da pena privativa de liberdade” (BRASIL, 2019, p. 87).

O Ministro Luís Roberto Barroso iniciou seu voto destacando os três argumentos nos quais, na sua visão, se fundaram as sustentações orais. O primeiro é o de que o inciso LVII do art. 5º da Constituição não teria outra interpretação a não ser “aquela que a eles parece bem”. O segundo fundamento se baseou no suposto impacto da nova jurisprudência sobre os níveis de encarceramento. O terceiro argumento baseou-se no suposto impacto sobre os réus pobres.

Contudo, para o Ministro, nenhum dos três fundamentos resiste à realidade, são ideias que não correspondem aos fatos. Quanto ao primeiro argumento, Barroso destaca não se tratar de interpretação gramatical ou literal do texto constitucional, ou de se atribuir sentido a textos normativos de significado único, já que, sobre o

mesmo tema, o Supremo já decidiu de uma forma, alterou o posicionamento e agora rediscute novamente a matéria.

Quanto ao segundo argumento, o Ministro defendeu que a possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância diminuiu os índices de encarceramento no Brasil. Para tanto, apresentou uma série histórica dos índices de encarceramento no país desde 2009, ano em que o Supremo se manifestou sobre a execução antecipada. Os dados foram fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional. Os números demonstram que os menores aumentos ocorreram após 2016 o que, para Barroso, é decorrência da mudança de jurisprudência da Corte em 2016, quando passou a autorizar a prisão após condenação por Tribunal de segundo grau. Conforme os dados apresentados no voto:

[...] em 2010, primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em segundo grau - a jurisprudência mudou em 2009 -, havia 496 mil presos no sistema penitenciário; 4,79 % a mais do que em 2009. Portanto, a jurisprudência muda em 2009; em 2010, o índice de encarceramento aumenta 4,79%. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, um aumento de 3,68%. Em 2012, 549.800 presos, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200 presos, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600 presos, 12,27% a mais do que no ano anterior. E, em 2016, 722.923 presos, 3,48% a mais do que no ano anterior. Pois bem, em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo muda a jurisprudência e passa a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017 - mudamos em 2016 -, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354. Opa, um aumento 0,47%, o menor da série histórica iniciada em 2009! (BRASIL, 2019, p. 98-99).

Já quanto ao terceiro fundamento, o Ministro afirma que não foram os pobres que sofreram o impacto da possibilidade de execução da pena após a condenação em segunda instância. Nem tão pouco foram os pobres que mobilizaram os advogados criminalistas mais brilhantes e caros do país. Barroso destaca ainda que os crimes que mais geram ocupação de vagas no sistema penitenciário são os crimes “dos pobres”, como o tráfico de drogas e associação para o tráfico, roubo, homicídio, latrocínio, furto. Enquanto existem pouquíssimas pessoas presas por crimes como corrupção passiva, corrupção ativa e peculato.

Barroso menciona ainda que, após a condenação em segunda instância não há mais dúvida sobre a autoria e a materialidade do fato, bem como que não é mais possível a produção de provas. Nas palavras do Ministro: “se já não há mais dúvida

de que o crime foi cometido e de que aquele é o autor, considero um mandamento de ordem pública que se dê cumprimento à decisão” (BRASIL, 2019, p. 115).

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto dispondo, primeiramente, que o princípio da presunção de inocência, tal como previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, “não estabelece proibição de prisão para fins de execução da condenação, antes do trânsito em julgado” (Brasil, 2019, p. 202). Bem como, para o Ministro, a redação do art. 283 do CPP expandiu o teor do art. 5º, LVII, e passou a contradizer outra norma, também do art. 5º da CF/88, prevista no inciso LXI que dispõe: “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”.

Na sequência, o Ministro fez um retrospecto dos debates sobre a matéria, desde a promulgação da Constituição em 1988, bem como dos entendimentos firmados pela Corte em 2009 e em 2016. Após Fux discorreu sobre regras de hermenêutica e a interpretação do inciso LVII do Art. 5º da CF/88, e defendeu que a leitura do referido inciso, quando analisado em conjunto com outros dispositivos, como os incisos LIV e LXI do mesmo diploma legal, autoriza concluir que a presunção de inocência até o trânsito em julgado, não se confunde com a impossibilidade de prisão decorrente de condenação não transitada em julgado.

Luiz Fux também mencionou o julgamento do HC 126.292 em 2016, quando a Corte fixou o entendimento de que a execução provisória de acórdão, proferido em segunda instância, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometia o princípio da presunção de inocência. Destacou ainda trechos do voto vencedor do Ministro Teori Zavascki, com relação a Lei Complementar nº 135/2020, conhecida como Lida da Ficha Limpa:

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado (BRASIL, 2019, P. 223-224).

Corroborando seu entendimento, o Ministro mencionou ainda o art. 637 do CPP, segundo o qual os recursos extraordinários não são dotados de efeito

suspensivo e, uma vez arrazoados, devem os autos originais baixar à primeira instância, para execução da sentença. Por isso, para Fux, a presunção de inocência não pode ser confundida com a garantia de imunidade à prisão decorrente de condenação e, conseqüentemente, revela-se compatível com a Constituição Federal o início da execução da pena a partir o esgotamento das instâncias ordinárias.

A Ministra Cármen Lúcia iniciou seu voto destacando a importância do contraditório, não só para o Direito, mas para a Democracia. Nas palavras da Ministra: “democracia pratica-se segundo o valor do respeito a posições contrárias, porque democracia do pensamento único, intolerante com diferente ser, agir e pensar, há de ser rotulada com outro nome” (BRASIL, 2019, p. 262).

A Ministra seguiu seu voto lembrando que nunca alterou seu posicionamento com relação ao tema em julgamento. Para encimada Ministra, o inciso LVII do art. 5º da CF/88 que trata da presunção de inocência, não comporta uma leitura isolada, devendo ser analisado em conjunto com os incisos LIV e LXI do mesmo diploma legal. Para tanto, a Ministra citou o voto do Ministro Aldir Passarinho, no julgamento do HC 680.372, em 21/05/1993:

"É certo que aludido dispositivo legal dispõe que 'ninguém será considerado culpado até trânsito sentença penal condenatória', mas o preceito não pode ser considerado isoladamente, mas sim em harmonia com outros dispositivos constitucionais, inclusive os diretamente referentes à prisão, como o item LIV, do mesmo art. 5º, segundo o qual 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal', e o item LXI, igualmente do art. 5º [...] Tais dispositivos já de si revelam que pode haver prisão independentemente de sentença transitada em julgado. No caso, houve processo legal que se completou na fase de tramitação ordinária, havendo decisão condenatória, e em consequência houve a ordem de prisão, com atenção, portanto, ao disposto nos itens transcritos." (BRASIL, 2019, p. 270).

Mencionou ainda ela que nenhum direito é absoluto. Deve-se observar os direitos daqueles que são submetidos à custódia do Estado, mas também daqueles que sofreram as conseqüências e que esperam a punição após a condenação, respeitado o devido processo legal. Para Cármen Lúcia, a eficácia do Direito Penal está na definição dos delitos e na certeza do cumprimento das penas. “Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza - ou, pelo menos, a crença - da impunidade” (BRASIL, 2019, p. 274).

## 5.5 A inconstitucionalidade presente

A Lei nº 13.964/2019, o conhecido “Pacote Anticrime”, alterou a alínea “e” do art. 492 do CPP, além de incluir quatro parágrafos ao caput do referido diploma legal. Assim ficou a nova redação da alínea:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:  
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, 1941).

Frise-se que a lei não deixou a critério do julgador determinar ou não a execução provisória da pena. Em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o Juiz, obrigatoriamente deverá determinar a imediata execução da pena, com a expedição do respectivo mandado de prisão, ainda que a parte manifeste o desejo de recorrer da decisão.

O momento da prisão para início do cumprimento da pena sempre gerou discussão. Agora, com a execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal do Júri, o conflito parece se estabelecer entre dois direitos fundamentais: a presunção de inocência de um lado (CF, art. 5º, LVII), e a soberania dos veredictos do outro (CF, art. 5º, XXXVIII, c). No entanto, dentro da ótica constitucional-processual, o conflito inexistente, pois, tratando-se ambos os direitos de garantias individuais previstos no art. 5º da CF, portanto cláusulas pétreas, ambas podem e devem coexistir de forma harmônica.

Certamente, a execução provisória da pena após decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri divide opiniões. Na verdade, o tema já está sendo debatido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.235.340/SC, no qual foi reconhecida a repercussão geral do tema. O Relator do caso é o Ministro Luís Roberto Barroso. Além do Ministro Barroso já votaram os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. No momento o placar está em 2 x 1 a favor da prisão imediata após a condenação pelo Tribunal do Júri. Os Ministros Barroso e Toffoli votaram favoravelmente à execução provisória nesse caso, com a tese de

que a soberania dos veredictos confere à decisão dos jurados, em tese, um caráter de intangibilidade quanto ao seu mérito. O Ministro Gilmar foi o primeiro a abrir divergência, defendendo a aplicação da tese fixada nas ADCs 43, 44 e 54, segundo a qual deve-se aguardar o esgotamento das vias recursais. O próximo a votar será o Ministro Ricardo Lewandowski, que pediu vista dos autos.

Contudo, por hora, existem duas posições sobre o assunto: aqueles que entendem pela constitucionalidade da execução provisória; e aqueles que entendem pela sua inconstitucionalidade. Aqueles que opinam pela constitucionalidade da norma entendem que, a soberania dos veredictos, por não permitir a revisão da decisão dos jurados no seu mérito, autoriza, portanto, o cumprimento imediato da pena em caso de condenação. Entretanto, com a devida vênia àqueles que defendem esse ponto de vista, a soberania dos veredictos não se confunde com a impossibilidade de revisão e reanálise da decisão dos jurados pelos Tribunais, que podem rever a regularidade e a legalidade dos atos proferidos nos processos julgados pelo Tribunal Popular.

O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 593, inciso III, estabelece expressamente as hipóteses em que é possível a interposição de recurso de apelação, conferindo aos Tribunais, isto é, aos Desembargadores, a prerrogativa de analisar os critérios formais de validade dos atos praticados, a dosimetria da pena, bem como decretar a nulidade da decisão dos jurados, quando esta for manifestamente contrária a prova dos autos. Assim dispõe o referido diploma:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (BRASIL, 1941).

O princípio da soberania dos veredictos não atribui à decisão do conselho de sentença um caráter de imutabilidade, apenas delimita as matérias que poderão ser apreciadas em eventual recurso. O que é vedado aos Desembargadores é alterar o mérito da decisão dos jurados quanto à condenação ou à absolvição do réu. Conforme ensina Renato Brasileiro (2020), por mais que se argumente que a soberania dos veredictos não permite que um Tribunal, formado por Juízes togados, possa modificar o mérito da decisão do júri, isso não permite concluir que as

decisões dos jurados sejam definitivas e irrecorríveis e, por isso, exequíveis de imediato. Aceitar essa possibilidade seria o mesmo que admitir que se está diante de um poder absoluto, incontestável, o que, evidentemente, é inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

A soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal ostenta valor meramente relativo, do que se conclui que as decisões do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade, sendo plenamente possível que o Juízo *ad quem* determine a cassação da decisão de 1ª instância do Júri para que o acusado seja submetido a novo julgamento, se acaso restar evidenciado que a decisão seria manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d” e §3º). É dizer, o fato de o Tribunal de Justiça (ou TRF) não estar legitimado a proceder ao juízo rescisório por ocasião do julgamento de apelação contra decisão do Júri não guarda nenhuma relação direta com a execução imediata da sentença condenatória, visto que subsiste a competência do juízo *ad quem* para efetuar o juízo rescindente e determinar, em se tratando de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, um novo julgamento (LIMA, 2020, p. 1540).

Reforça ainda a inconstitucionalidade da referida alínea o quantum de pena a determinar a execução provisória: 15 (quinze) anos. Essa determinação se torna incompatível com a própria soberania dos veredictos, já que significaria dizer que a soberania dos veredictos valeria apenas para condenações acima desse quantum.

Quanto a garantia constitucional da presunção de inocência, ou de não culpabilidade, o recente julgamento das ADCs 43, 44 e 54 reafirmou o correto posicionamento do Supremo Tribunal Federal de 2009, determinando que todo acusado deve ser tratado presumidamente como inocente, desde a instauração do inquérito policial, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impedindo-se, dessa forma, a execução provisória da pena.

Dessa forma, a Corte Suprema se posicionou de maneira definitiva, sem ressalvas, no sentido de que a cláusula pétrea da presunção de inocência alcança todo o processo penal, das investigações até a preclusão de eventual sentença condenatória, e vale para qualquer pessoa, bem como para qualquer delito previsto no Código Penal, ou na legislação extravagante. Não há exceção, nem mesmo para os delitos de competência do Tribunal do Júri. A esse respeito, Badaró leciona que:

[...] O novel dispositivo é claramente inconstitucional, por ser incompatível com a presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, que deverá vigorar até o “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, *caput*, LVII). E não afasta a inconstitucionalidade, o fato de o novo § 3º possibilitar que o juiz “excepcionalmente”, deixe de

autorizar o início da execução provisória, “se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”. Num regime que respeite a presunção de inocência, a regra é a liberdade, e a prisão a exceção. E não o contrário! (BADARÓ, 2020, p. 834).

Com isso, percebe-se que não existe conflito entre a soberania dos veredictos e o princípio da presunção de inocência. Enquanto aquela vincula-se ao princípio da preservação do Juiz Natural, mitigando o efeito devolutivo do recurso de apelação, este proíbe a execução provisória da pena sem que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução provisória da pena no Tribunal do Júri, além do princípio da presunção de inocência, fere também o direito ao duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o Tribunal Popular pertence a 1ª instância do Poder Judiciário e, ainda que pertencesse a uma instância superior, todos têm o direito a que se reveja, pelo menos uma vez, um provimento jurisdicional. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, estabelece expressamente em seu art. 8, n. 2, alínea “h” que:

Artigo 8. Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (CADH, 1969).

Importante mencionar que a Lei nº 13.964/2019 também incluiu no art. 492 do CPP os §§ 3º, 4º, 5º e 6º. O § 4º prevê expressamente que eventual recurso, interposto contra a decisão condenatória, não terá efeito suspensivo. Entretanto, o § 3º estabelece que, em eventual recurso interposto, o Juiz presidente poderá deixar de autorizar a execução provisória da pena “se houver questão substancial cuja resolução pelo Tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão de condenação”.

No mesmo sentido, o § 5º do referido diploma legal também permite ao Tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação. No entanto, esses parágrafos não retiram o caráter inconstitucional da alínea “e” do art. 492 do CPP, ao passo que a regra estabelecida pelo dispositivo é a obrigatoriedade da execução provisória, enquanto que a concessão de efeito suspensivo ao recurso é a exceção. Frise-se

ainda que o legislador não definiu o que seria uma “questão substancial”, o que pode gerar diversas interpretações.

Necessário ainda rebater mais um argumento da corrente que defende a execução provisória da pena: uma possível impunidade de agentes que tenham cometido homicídios bárbaros, ou de forma reiterada. Não se discute a gravidade do delito, certamente um dos mais detestáveis, nem tão pouco é desejável ver o agente delituoso escapar à sua punição. Não há como negar que temos um sistema jurídico moroso devido ao excesso de demandas, bem como que, de certa forma, a lei permite a interposição de excessivos recursos, em muitos casos meramente protelatórios. No entanto, diante do princípio constitucional da presunção de inocência estabelecida na Lei Maior, não é possível se afastar a necessidade do trânsito em julgado para a execução de uma pena, de qualquer pena.

A solução para o caso não é a mitigação da garantia constitucional da presunção de inocência, nem tão pouco a “ilegal” execução provisória da pena. O caos do sistema punitivo brasileiro precisa passar por uma mudança legislativa, e não jurisprudencial. Nesse sentido, a própria Lei nº 13.964/2019 trouxe uma importante alteração no Código Penal, ao incluir no art. 116, o inciso III, criando uma nova causa suspensiva de prescrição. Assim dispõe o referido artigo: “Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis”. Com isso a lei passa a “punir” o exercício abusivo do direito de recorrer, evitando a prescrição do processo em caso de interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios, que visam apenas postergar o trânsito em julgado.

A prisão cautelar também se apresenta como uma opção legal à execução provisória da pena. Se, após a condenação em primeira instância pelo júri, a liberdade do acusado representar risco à execução da pena, ou à garantia da ordem pública, gerando intranquilidade na sociedade, a medida legal e cabível é a prisão cautelar. Como já visto, a prisão preventiva pode ser requerida pela acusação em qualquer fase da ação penal, podendo ser decretada pelo juízo desde que estejam presentes, no caso concreto, os requisitos legais de contemporaneidade, do *fumus commissi delicti* (indícios de autoria e prova da materialidade), e do *periculum libertatis*, conforme art. 312 do CPP. Vale destacar ainda que, estando presentes

todos os requisitos, a prisão cautelar, se necessário, pode perdurar até o trânsito em julgado de eventual condenação.

A título de exemplo, em recente julgamento do Habeas Corpus nº 2042353-26.2020.8.26.0000, o Tribunal de Justiça do Estado de São concedeu a ordem para o réu, condenado a uma pena de 31 (trinta e um) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão pelo Tribunal do Júri, aguardasse o recurso em liberdade, diante da inconstitucionalidade da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção de inocência, conforme o qual, a prisão para cumprimento da pena só é possível após o trânsito em julgado.

HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Paciente condenado a 31 (trinta e um) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso, por duas vezes, nos artigos 121, §2º, incisos I e IV e 211, ambos do Código Penal. Determinada a execução provisória da pena com a conseqüente expedição do mandado de prisão com fundamento no artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela novel Lei n. 13.964/2019. Impossibilidade. Inviabilidade do cumprimento provisório da pena pendente o feito de trânsito em julgado da condenação. Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, julgadas em conjunto no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena. ORDEM CONCEDIDA (SÃO PAULO, 2020)

Por fim, merece destaque também a contradição estabelecida pela própria Lei nº 13.964/2019 no Código de Processo Penal. Enquanto a alínea “e”, do inciso I, do art. 492 determina a execução provisória da pena, o art. 283, alterado pela mesma lei, estabelece 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*”. Com isso, fica evidente a inconstitucionalidade da execução provisória da pena prevista no art. 492 CPP, já que o art. 283, do mesmo diploma, foi declarado constitucional no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, justamente por reproduzir o texto da nossa Lei Maior.

## 6 CONCLUSÃO

Poderíamos conviver com um direito injusto? Por óbvio que a resposta é negativa. O direito não pode ser injusto, pois isso seria uma contradição nos próprios termos. Um direito injusto não é direito. Direito é aquilo que é certo, correto, justo. Contudo, uma lei, um artigo, um inciso podem ser injustos e, sendo este o caso, devem ser retirados do ordenamento jurídico.

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o popular “Pacote Anticrime”, trouxe importantes alterações no sistema penal brasileiro, e muitas delas foram bem recebidas por juristas e doutrinadores. Contudo, não há como negar a grave inconstitucionalidade da execução provisória da pena após condenação pelo Tribunal do Júri à pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme estabelece a nova alínea “e” do inciso I do art. 492 do CPP.

A violação ao princípio constitucional da presunção de inocência é evidente. O inciso LVII, do art. 5º da Constituição, ao dispor que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não poderia ter uma redação mais clara e objetiva. A literalidade do inciso não deixa margem para controvérsias semânticas.

A Constituição não fez nenhuma ressalva, nenhuma exceção. “Ninguém” realmente quer dizer nenhuma pessoa, independente do delito praticado, da situação econômica ou das condições pessoais de cada um. A “culpa” é requisito para aplicação da pena. É inimaginável em um Estado Democrático de Direito o agente receber uma sanção não tendo ainda se formado sua culpabilidade de maneira definitiva. Culpa e sanção são indissociáveis. “Trânsito em julgado” equivale a dizer o momento em que o provimento jurisdicional não comporta mais recurso. Portanto, apenas quando a sentença penal se torna irrecorrível é que o acusado pode ser considerado, com segurança jurídica, “não inocente”, para só então sofrer a execução de sua pena.

A soberania dos veredictos é uma importante garantia constitucional atribuída ao Tribunal do Júri. No entanto, não é um argumento válido para justificar a execução provisória da pena. Soberania dos veredictos equivale dizer que a decisão dos jurados não pode ser alterada no mérito, mas não que essa sentença é

irrecorrível. De fato, nenhuma sentença em nosso ordenamento jurídico o é. Se assim fosse, a soberania dos veredictos não violaria apenas a presunção de inocência, como também o duplo grau de jurisdição, e estaríamos diante de um “poder absoluto”, algo incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Há que se considerar ainda o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, no qual se decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância para o início do cumprimento da pena. Assentou-se também a constitucionalidade do princípio da presunção de inocência, de maneira que todo acusado deve ser tratado como presumidamente inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Se a execução provisória da pena é considerada inconstitucional após a condenação em segunda instância, com muito mais razão deveria ser considerada inconstitucional após a condenação no Tribunal do Júri, órgão da primeira instância.

Por óbvio, não se está a defender a impunidade do agente autor de um crime doloso contra a vida, certamente um dos mais abomináveis e repugnantes que pode existir. No entanto, a solução para o caso não pode ser a retirada de uma garantia constitucional. A melhor solução que se apresenta ao caso já está prevista na lei, a prisão cautelar. Se o agente é de alta periculosidade, de maneira que sua liberdade provoque intranquilidade na sociedade, representando um risco à ordem pública, a medida mais adequada é a prisão preventiva, que pode ser decretada mesmo antes da decisão do conselho de sentença, podendo perdurar até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Aos operadores do direito cabe analisar se a execução provisória da pena, a despeito do clamor popular, está ou não de acordo com a Lei Maior. Se há um problema na lei, este não pode ser corrigido praticando-se outra ilegalidade. Exigir de uma pessoa que pague a pena de um crime, podendo ainda vir a ser absolvida, além de injusto é uma situação irreversível. A liberdade retirada não pode ser restituída. Aceitar a execução provisória da pena, em qualquer circunstância, é retirar do agente sua garantia constitucional de presunção de inocência. Essa é uma garantia da “pessoa”, e não do “crime”. Não é possível se presumir a inocência em crimes “leves”, e presumir a culpabilidade em crimes graves.

As garantias individuais levaram séculos para serem conquistadas, e outros tantos para serem positivadas, garantido um tratamento justo aos cidadãos frente ao

poder do Estado. Foram muitos anos de luta, de homens e mulheres, para que os direitos básicos de todo ser humano estivessem previstos de forma expressa em constituições, tratados e leis. Não há dúvida que, retirar um direito daquele que transgrida a lei é retirar um direito de todos. A perda de um direito fundamental não prejudicará apenas alguns, representa um retrocesso que em algum momento prejudicará todos os indivíduos da sociedade.

Há, por fim, um último questionamento que todos deveriam se fazer: eventualmente vindo a ser réu em um processo penal, qual seria o melhor sistema de julgamento, aquele que presa por seu estado de inocência, ou aquele que exige o cumprimento da pena antes mesmo da interposição de qualquer recurso? É obvio que ninguém gostaria de se sentar no banco dos réus no Tribunal do Júri, mas lá estando, um sistema que presa pela presunção de inocência, ao invés daquele que exige o cumprimento provisório da pena, parece ser o mais justo em um Estado Democrático de Direito.

## 7 REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. Ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 7 de novembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344948872&ext=.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 191.836/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, 2 de outubro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344621754&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 1395/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de outubro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 17 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

**CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Data: 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2020

**DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.** Data: 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-criacao-da-Sociedade-das-Nacoes-at-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 4 jul. 2020

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** Data: 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 4 jul. 2020

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio O dicionário da língua portuguesa.** 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José, Comentário ao artigo 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 945-953.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NÉRI, Felipe, *et al.* **Entenda o pacote anticrime aprovado na Câmara,** 05 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/12/05/entenda-o-projeto-anticrime-aprovado-na-camara.ghtml>. Acesso em: 17 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal.** 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16ª Câmara de Direito Criminal). **Habeas Corpus Criminal nº 2042353-26.202**. Relator: Desembargador Camargo Aranha Filho, 3 de abril de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13456659&cdForo=0>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SILVA, Afonso José da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Siravegna, Vinícius Rodrigues. **‘Caso André do Rap’: uma análise técnica, fria e sem populismo**, 10 de novembro de 2020. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2020-nov-10/siravegna-andre-rap-analise-tecnica-POPULISMO>. Acesso em: 11 nov. 2020.