

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em que se discute a constitucionalidade da execução provisória da pena imposta pelo Tribunal do Júri em primeiro grau, diante do princípio de soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal:

“XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos;”

Em favor da execução imediata da pena, argumenta-se que o recurso de apelação em face de decisões proferidas por Tribunal do Júri apresenta características peculiares, com cognição limitada e vinculação às hipóteses de cabimento invocadas. Assim, o recorrente afirma que a execução provisória de condenação proferida pelo Tribunal do Júri decorre do fato de que o reconhecimento da responsabilidade penal, na hipótese, está diretamente relacionado à soberania dos veredictos, que não poderá ser revista pelo Tribunal de apelação.

O caso é oriundo de um *recurso em habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa do agravo regimental está assim redigida:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO QUALIFICADO E POSSE DE ARMA DE FOGO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO OU CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É **pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser executada prontamente, sem qualquer elemento do caso concreto para justificar a custódia cautelar, não transitada em julgado ou não confirmada a condenação por**

Colegiado de segundo grau, torna a prisão ilegal . Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.” (STJ, RHC 111.690 AgR, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 11.6.2019)

No julgado, são citados precedentes do STJ segundo os quais “ *é prematuro antecipar a execução da pena antes de se submeter o édito condenatório do Tribunal do Júri ao controle revisional da Corte de apelação, com a efetiva estabilização da discussão sobre a matéria fática* ”. Ademais, afirma-se que:

“(…) tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível. A **soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela Lei Adjetiva Penal**. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas.” (HC 462.763/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 18.9.2018, DJe 28.9.2018)

A repercussão geral foi reconhecida, à unanimidade, no Plenário deste Tribunal (tema 1.068). Nos termos do voto do relator, “ *além de estar relacionada a direitos fundamentais de inegável interesse jurídico, a matéria possui repercussão geral sob os pontos de vista político, na medida em que envolve diretrizes de formulação da política criminal e mesmo de encarceramento, e social, pelos impactos negativos gerados pela sensação de impunidade gerada no meio social diante de condenações graves que, muitas vezes, não são efetivamente cumpridas* ”.

Na Primeira Turma, há precedentes no sentido de autorizar a execução imediata de condenações no Júri:

“Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. **Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade**. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos

(art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que **os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular** . 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. **Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso** . 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.” (HC 118.770, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator para acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 7.3.2017, DJe 24.4.2017)

“Direito Constitucional e Penal. Reclamação. Agravo Regimental. Descumprimento da decisão que concedeu a ordem de habeas corpus de ofício. Inocorrência. Fato superveniente. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. Precedente. 1. A expedição do alvará de soltura em favor do reclamante estava condicionada à inexistência de outro motivo pelo qual estivesse preso. O fato novo foi a condenação pelo Júri. De modo que não houve, por parte da autoridade reclamada, descumprimento da decisão que concedeu a ordem de ofício; tampouco ocorreu reforma da decisão que concedeu a ordem de habeas corpus. 2. **A prisão após a condenação pelo Júri à pena de reclusão em regime fechado não é preventiva. Trata-se, na verdade, de execução da pena privativa de liberdade imposta pelo órgão competente para o julgamento dos crimes contra a vida, cujos vereditos gozam de soberania, por expressa disposição constitucional.** Precedente: HC 118.770, Redator p/o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 27.011 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 20.4.2018, DJe 4.5.2018)

Na Segunda Turma, há decisões monocráticas de Ministros no sentido de vedar a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do

Júri. Cito o julgado pelo Ministro Celso de Mello no HC 174.759 MC (DJe 25.9.2019), em que Sua Excelência cassou a determinação de execução imediata da pena ao apontar que:

“Não cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execução antecipada (ou provisória) de condenação penal recorrível emanada do Tribunal do Júri, eis que o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5º, XXXVIII, ‘c’) não transforma em manifestação decisória intangível, mesmo porque admissível, em tal hipótese, a interposição do recurso de apelação, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.”

Em resumo, questiona-se: é possível a execução imediata de condenação proferida por Tribunal do Júri diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, CF)?

1. Importância do Tribunal do Júri para um processo penal democrático e sua consagração constitucional

Pode-se afirmar que o Júri estruturou-se historicamente como instrumento de limite ao poder do Soberano, a partir da vontade do povo para julgar seus pares (MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 19).

Assim, uma das principais funções da participação popular seria “ a necessidade de assegurar a integração do tribunal com quem pertence ao mesmo entorno cultural daqueles que devem ser julgados ”, ou seja, “ resguardar a homogeneidade cultural de quem impõe o castigo e quem é castigado ” (HENDLER, Edmundo. *El juicio por jurados*. Significados, genealogías, incógnitas. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 13, tradução livre)

Verifica-se, portanto, que o julgamento por jurados é mecanismo de efetivação da democracia na Justiça Criminal. Na doutrina, destaca-se a sua importância nesses termos:

“Embora o Tribunal do Júri não tenha a capacidade, ou pretensão, de solucionar a crise democrática de representatividade do Estado, ele se mostra um importante espaço de exercício da soberania do povo

que não está ainda pronto para ser extirpado ou diminuído, sendo, muito pelo contrário, cada vez mais necessário para fortalecer uma aproximação do povo com o sistema de justiça, embora mudanças possam ser feitas para estimular a participação da população nesse serviço.” (RODRIGUES, Paulo G. L. S. *Os efeitos da soberania dos veredictos na definição do momento inicial de cumprimento das penas impostas pelo Tribunal do Júri*. Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Federal de Alagoas. 2018. p. 19)

Portanto, no Brasil, o julgamento por jurados assume uma função dupla. Ao mesmo tempo em que se caracteriza como um direito-garantia ao réu, representa uma garantia política e institucional da sociedade, com a determinação de sua participação direta na Justiça Criminal para julgamento de crimes dolosos contra a vida. Por esse motivo, aqui não se autoriza que o réu renuncie ao julgamento por jurados, ao passo que não se trata exclusivamente de um direito disponível a ele.

Sem dúvidas, o sistema de julgamento por jurados não é isento de críticas, especialmente tendo em vista a ausência de fundamentação do veredicto e os padrões de perfis na seleção dos jurados. Contudo, pode-se dizer que as fragilidades dos juízes leigos são semelhantes às dos julgadores togados em certos aspectos:

“É necessário ter claro que, tanto no juízo singular como no júri popular a situação é idêntica: juiz e jurados estão inseridos no mundo com e pela linguagem. Juiz e jurados são seres-no-mundo, condenados inexoravelmente a interpretar os fenômenos do mundo. E para interpretar, é necessário compreender, sendo que, para compreender, é imprescindível a pré-compreensão.” (STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri : símbolos & rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 91)

Na Argentina, após longo período sem a existência de Tribunal do Júri, nos últimos anos, diversas províncias têm restabelecido tal sistemática, como Córdoba (2004), Neuquén (2011), Buenos Aires (2015) e Río Negro (2018). Igualmente, na Espanha, a Ley Orgánica 5/1995 criou novamente tal órgão na justiça criminal. Ou seja, ainda que se verifique uma tendência à redução do Júri na América Latina em anos passados, recentemente tal instituição tem ressurgido com destaque.

Na Alemanha, a atuação de juízes leigos ocorre em diversas instâncias e com distintas formações, muitas vezes em conjunto com magistrados togados. Após expor a sistemática em geral, Uriel Moeller conclui que “*precisamos dos leigos para monitorar o processo penal, para não nos tornarmos um sistema despreocupado com a sua inteligibilidade e transparência*” (MOELLER, Uriel. O “Júri” Alemão: o leigo no processo penal na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, 2016, p. 95).

2. O conteúdo da soberania dos veredictos e a apelação sobre a condenação como expressão do direito a recurso

Conforme já exposto, o princípio de soberania dos veredictos está previsto constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da CF:

“XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos;”

Trata-se de dispositivo fundamental para assegurar o respeito às decisões tomadas pelos jurados, de modo a limitar possíveis modificações por outras instâncias judiciais e por magistrados togados. Tal sistemática, entre outros efeitos, limita as possibilidades de reforma da decisão em sede recursal.

Como regra geral, a apelação autoriza uma ampla cognição sobre o decidido pelo julgador de primeiro grau com uma devolução integral ao Tribunal e, assim, é caracterizada como um recurso amplo e ordinário. Contudo, no Júri, o sistema recursal apresenta peculiaridades.

Nos termos do art. 593, III, CPP, a apelação contra sentença proferida em procedimento do Júri é cabível nas hipóteses em que: “*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*”.

Tal sistemática demarca um espaço reduzido para cognição pelo Tribunal de 2º grau. Isso ocorre porque tal Corte é formada por

desembargadores togados, de modo que a substituição da decisão dos jurados por acórdão proferido pelo colegiado de magistrados findaria por esvaziar a soberania dos veredictos dos juízes leigos (KURKOWSKI, Rafael S. *Execução provisória da pena no júri: fundamentos políticos e jurídicos*. D' Plácido, 2019. p. 63).

Contudo, **isso não esvazia a importância do reexame que a apelação possibilita**, o qual, inclusive, assegura o direito ao recurso sobre a condenação, conforme definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nos termos assentados pelo Ministro Celso de Mello no HC 174.759 MC (DJe 25.9.2019):

“Nao cabe invocar a soberania do veredicto do Conselho de Sentença, para justificar a possibilidade de execucao antecipada (ou provisoria) de condenacao penal recorrivel emanada do Tribunal do Juri, eis que o sentido da clausula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5o, XXXVIII, “c”) nao o transforma em manifestacao decisoria intangivel, mesmo porque admissivel, em tal hipotese, a interposicao do recurso de apelacao, como resulta claro da regra inscrita no art. 593, III, “d”, do CPP.”

Inúmeros são os precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o **cabimento de apelação, nos termos do art. 593, III, “d”** (decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos), não viola a soberania dos veredictos, consagrada constitucionalmente:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. TRIBUNAL DO JÚRI. **APELAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INOCORRÊNCIA.** EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. (...)” (ARE 873.799 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 27.9.2017)

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, d, DO CPP). NÃO VIOLAÇÃO DO

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. **A possibilidade de recurso de apelação, prevista no art. 593, I, 'd', do Código de Processo Penal, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, não é incompatível com a Constituição Federal**, uma vez que a nova decisão também será dada pelo Tribunal do Júri. Precedentes 2. O exame do suporte probatório, de forma a infirmar o entendimento do Tribunal de apelação, é providência incompatível com os estreitos limites do habeas corpus. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (HC 142.621 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 29.9.2017)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322 /2010) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL – OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL DO APELO EXTREMO – SÚMULA 279/STF – **COMPATIBILIDADE DO ART. 593, III, "d", DO CPP COM A CLÁUSULA QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI (CF, ART. 5º, XXXVIII, "c") – PRECEDENTE S – RECURSO IMPROVIDO.**" (ARE 913.068 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 16.11.2015)

Ainda que a apelação da decisão dos jurados tenha cognição limitada, é **por meio de tal recurso que o Tribunal de segundo grau poderá revisar a sentença tanto em aspectos formais quanto materiais**, visto que é possível a determinação de novo júri se houver o reconhecimento de que a decisão foi proferida em sentido manifestamente contrário à prova dos autos.

Nesse sentido, **não se pode admitir que a execução da condenação proferida em primeiro grau (ainda que por Tribunal do Júri) se inicie sem que haja a possibilidade de uma revisão por Tribunal**, de modo a assegurar o controle apto a limitar e, assim, legitimar a incidência do poder punitivo estatal.

Sobre o momento em que deve ser assegurado o direito ao recurso, na doutrina, afirma-se que:

"Resta claro que o reexame sobre a condenação deve ser realizado em momento anterior à liberação de seus efeitos e da atuação do poder punitivo estatal. Por se tratar de medida profundamente

gravosa e irreparável, a imposição de uma sanção criminal deve ser verificada por meio do juízo recursal antes do início de sua execução. Trata-se de medida indispensável para a efetiva realização do direito de defesa e da proteção da presunção de inocência.” (VASCONCELLOS, Vinicius G. **Direito ao recurso no processo penal**. São Paulo: RT, 2019. p. 142)

Apontam-se também orientações de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos sobre a questão. O **Comitê de Direitos Humanos da ONU** afirma: “ *Um sistema recursal que somente se aplique às penas que já tenham sua execução iniciada não satisfaz os requisitos do parágrafo 5 do artigo 14, independentemente de que essa revisão possa ser solicitada pela pessoa declarada culpada ou dependa das faculdades discricionais de um juiz ou promotor* ” (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, Observação geral n. 32, de julho de 2007, § 50 (tradução livre). Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_justicia_instrumentos_internacionales_recursos_Rec_Gral_23_UN.pdf]. Acesso em: 23.4.2020).

3. A presunção de inocência como pedra de toque do processo penal

Como já afirmei nos julgamentos das ADCs 43, 44 e 54, por um lado, a imparcialidade é a base fundamental de qualquer processo judicial, que pressupõe a existência de um terceiro, afastado dos interesses das partes, para decidir o caso de modo justo. Isso vale tanto para o processo civil como para o penal.

Contudo, o processo penal possui uma característica singular, uma premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a *presunção de inocência*. Na doutrina, afirma-se:

“[...] a presunção de inocência não é mais um princípio do processo, é o próprio processo. O princípio da presunção de inocência constitui uma proibição de desautorização ao processo”. (SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Análisis funcional desde el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 37) (tradução livre).

Já em 1979, Giulio Illuminati, na introdução de livro que é referência fundamental sobre a temática, afirmava:

“Falar de presunção de inocência do imputado pode parecer anacrônico em um momento no qual a criminalidade e o terrorismo – preocupantes manifestações degenerativas do equilíbrio da sociedade – colocaram no centro das atenções o problema da ordem pública e da repressão à criminalidade”. (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 1, tradução livre)

Em estudo clássico da dogmática penal alemã, Arthur Kaufmann afirma que o princípio da culpabilidade representa valor ontológico, inerente à ordem jurídico-penal democrática, que não pode ser afastado em hipótese alguma. O princípio da culpabilidade é uma barreira constitucional contra a violência estatal sobre a esfera do indivíduo que não pode ser retirada do sistema penal, ao menos do sistema penal que pretende ser democrático. (KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**, 1961. S. 15 ff.)

Trata-se de uma opção democrática para assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer do processo penal, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Exatamente por isso não podemos simplesmente acusar uma pessoa de haver cometido um crime e já restringir sua liberdade como se culpada fosse, sem a comprovação concreta dos fatos, com respeito ao contraditório.

Conforme assentado no voto do Min. Celso de Mello no HC 126.292:

“Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana”.

O poder tende ao abuso e, portanto, precisa de freios constantes para sua contenção. Nas palavras de Montesquieu, “ (...) *trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites*”. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166).

E tal característica assume perspectivas incomparáveis quando se trata do dispositivo mais intrusivo do âmbito de atuação estatal: o direito penal. Como há muito apontado por Eugenio Zaffaroni, “ *a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 15).

Diante disso, pode-se afirmar que o *fundamento* do processo penal, sua razão de existir, é o reconhecimento de que, em um Estado democrático de direito, uma sanção penal somente pode ser imposta após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal.

E, assim, ele adquire o *sentido* de ser um instrumento de limitação do poder punitivo ao condicionar a aplicação de uma sanção penal ao seu transcorrer e encerramento com uma sentença condenatória, em respeito às regras do devido processo. (BINDER, Alberto M. *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012. p. 74)

Trata-se de sentido compartilhado com os diplomas internacionais de proteção de direitos humanos, que consolida uma perene tensão entre legitimação e contenção do sistema punitivo. Desse modo, o Direito Penal “ *enquanto saber científico, deve ser construído e compreendido tendo como horizonte de sentido a restrição, mais hermética possível, ao mais intenso poder Estatal – o punitivo (potestas puniendi)*”. (SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena. Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013. p. 152)

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

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a garantia no artigo 8, 2: “ *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa* ”.

A partir de tal dispositivo, há relevantes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso *Suárez Rosero vs. Equador*, consignou-se que a “ *Corte estima que o princípio da presunção de inocência atende ao propósito das garantias, ao firmar a ideia de que uma pessoa é inocente até que a sua culpabilidade seja demonstrada* ” (tradução livre).

Já no caso *Ricardo Canese vs. Paraguai*, assentou-se que “ *a Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito de defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine a sua culpabilidade se torne imutável* ” (tradução livre).

Em suma, a presunção de inocência é um direito fundamental, que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Essas são duas das três consequências determinadas pela presunção de inocência: regra de tratamento, regra probatória e regra de juízo. (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro** : análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010)

Afirma-se que “ *como regra de tratamento, a presunção de inocência se refere à condição do imputado durante o processo* ”, de modo que “ *é vedada qualquer forma de equiparação do imputado ao culpado em qualquer aspecto* ” e, igualmente, veda-se a “ *execução provisória da sentença condenatória e qualquer antecipação da pena* ” (ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d’innocenza dell’imputato**. Bologna: Zanichelli, 1979, p. 29-30, tradução livre).

A ideia de que “ *direitos fundamentais não são absolutos* ” autoriza exatamente a existência de prisões cautelares, ao se ponderar a presunção de inocência aqui analisada. Se adotássemos uma visão rigorosa, nem mesmo poderiam existir restrições cautelares, como as prisões preventivas e temporárias.

Contudo, não se pode aceitar que a determinação expressa e clara do inciso LVII do art. 5º da CF, “ *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* ”, possa ser um princípio ponderável. Trata-se de uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal.

4. O conteúdo da presunção de inocência como regra de tratamento no inciso LVII do art. 5º da CF e a impossibilidade de execução da pena sem definição da culpa

O texto constitucional é autoevidente, pois não há como dar interpretação diversa a um dispositivo com determinação tão clara: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nos termos do voto do Min. Marco Aurélio, no HC 126.292:

“O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa”.

Por decorrência de opção democrática e, inclusive, corolário de interpretação lógica e epistemológica, o Estado só pode aplicar uma pena a quem praticou um crime, ou seja, só podemos sancionar penalmente quem for culpado por fato tipificado por lei criminal. Assim, a prisão-pena, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada a quem for culpado.

Antes de se ter a definição da culpa, não se pode prender para impor pena. As hipóteses de prisão antes da formação da culpa seriam aquelas elencadas como prisões cautelares (preventiva e temporária).

Portanto, fixada a primeira premissa: ninguém pode ser punido sem ser considerado culpado; ninguém pode ser preso sem ter a sua culpa definida por ter cometido um crime; não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado.

E, a partir disso, a segunda premissa é decorrência clara do texto constitucional: “ *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* ”.

Se “ *não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado* ” e “ *n inguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória* ”, conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Além disso, na doutrina, verifica-se contundente crítica à interpretação assentada no HC 126.292, pois “ *ao atribuir uma nova concepção para a expressão ‘trânsito em julgado’, o entendimento majoritário da Suprema Corte, num impulso de injustificável inquisitorialidade, acabou por arruinar a garantia fundamental do cidadão de ser considerado inocente* ” (AMARAL, Augusto J.; CALEFFI, Paulo S. P. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 3, 2017, p. 1093).

Diante disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADCs 43, 44 e 54, assentou o seguinte dispositivo:

“O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme.”

Nesse sentido, concluiu-se no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 que a execução provisória da pena não é admitida nos termos da Constituição de 1988 e do Código de Processo Penal. Desse modo, a imposição de uma prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode se justificar se houver motivação concreta que embase a decretação de prisão preventiva.

Diante disso, **não há qualquer motivo legítimo para que tal precedente não se aplique aos casos julgados por jurados**. Permitir a execução imediata da condenação proferida em primeiro grau pelos jurados é ainda mais gravoso do que a posição reformada pelo Plenário no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o que caracteriza evidente violação à presunção de inocência.

5. O novo regime introduzido pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)

A Lei 13.964/2019, promulgada em 24.12.2019, em vigência desde 23.1.2020, alterou dispositivos pertinentes relacionados à temática aqui sob análise. Tal modificação criou hipótese de execução imediata de condenação proferida por Tribunal do Júri, desde que a pena seja igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Nos termos do art. 492 do CPP, após a votação pelo conselho de sentença, o juiz-presidente proferirá sentença que, entre outras funções, agora também “ 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*”. Ademais, “ *a apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo*” (§ 4º).

Embora a inovação também tenha introduzido exceções para não execução (nos termos dos parágrafos 2º a 6º do referido artigo), pensa-se que há violação à presunção de inocência e ao direito ao recurso quando ocorrer a execução imediata da pena, mesmo antes da possibilidade de revisão da condenação em sede de apelação.

Além disso, pode-se argumentar que nada justifica tratamento diverso aos condenados no Tribunal do Júri em relação aos demais réus que, nos termos decididos pelo STF nas ADCs 43, 44 e 54, somente poderão ter a pena executada após o trânsito em julgado da sentença.

Na recente doutrina sobre a reforma realizada pela Lei 13.964, de 2019, há forte posicionamento no sentido da inconstitucionalidade da alteração realizada no art. 492, I, “e” (MENDES, Soraia; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime** . Comentários críticos à Lei 13.964/19. São Paulo: Atlas, 2020. p. 94; DEZEM, Guilherme M.; SOUZA, Luciano A. **Comentários ao Pacote Anticrime** . Lei 13.964/19. São Paulo: RT, 2020. p. 142; NUCCI, Guilherme S. **Pacote Anticrime Comentado** . Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 88-89).

6. A possibilidade de decretação da prisão preventiva pelo Juiz-Presidente a partir dos elementos e fundamentos assentados pelos Jurados

A necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação para se considerar o réu culpado e, assim, iniciar-se a execução de uma pena, não impede, de modo algum, que possa ocorrer o encarceramento em momento anterior.

Nos termos do CPP, reformado pela Lei 11.403, de 2011, quatro são as possíveis justificações à prisão preventiva: conveniência da instrução criminal, garantia da ordem pública e da ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal.

As duas primeiras possibilidades são denominadas “endoprocessuais”, por serem ligadas a exigências instrutórias e “ *se destinarem à tutela do processo perante uma situação de perigo ao seu ‘normal desenvolvimento’* ” (GIAMBERARDINO, André. Fundamentos Teóricos das Novas Hipóteses de Prisão Preventiva. In: COUTINHO; CARVALHO (org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição* . Vol. 2. Lumen Juris, 2011. p. 121)

A primeira – conveniência da instrução criminal – é vista como meio para proteger a tutela da prova no processo penal, ou seja, seria cabível a prisão preventiva quando “ *o estado de liberdade do imputado coloca em*

risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documento ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos ”, também o juiz ou o promotor do feito. (LOPES JR., Aury. O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas. Lumen Juris, 2011. p. 72)

Já a segunda – assegurar a aplicação da lei penal – busca evitar que o processo penal torne-se inócuo diante do desaparecimento do réu, em caso de elementos concretos a indicar o risco de fuga. Depois, surgem as hipóteses de proteção da “ordem pública” e da “ordem econômica”. Sem dúvidas, a ordem pública é um conceito aberto, que foi delimitado paulatinamente por este Tribunal.

Assentou-se, especialmente, que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de infração penal somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo. Nesse sentido, os seguintes julgados: HC 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC 88.448/RJ, de minha relatoria, 2ª Turma, por empate na votação, DJ 9.3.2007; HC 101.244/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, unânime, DJe 8.4.2010.

Ou seja, vedou-se a imposição de prisões cautelares automáticas, embasadas exclusivamente na gravidade abstrata do delito imputado, pelo simples fato de haver uma investigação em relação a uma espécie de crime.

Conforme expus em meu voto por ocasião do julgamento do HC 91.386/BA, tenho que:

“Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. De fato, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos. (...)

Com relação ao tema da garantia da ordem pública, faço menção à manifestação já conhecida desta Segunda Turma em meu voto proferido no HC nº 88.537/BA e recentemente sistematizado nos HC's 89.090/GO e 89.525/GO acerca da conformação jurisprudencial do requisito dessa garantia. Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais:

i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;

ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e

iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal”.

Há muito, a doutrina e a jurisprudência tentam delimitar o possível conteúdo do conceito aberto definido como “ordem pública”. Afirma-se que é possível definir um conceito negativo, ou seja, o que não é aceitável como motivação para prisão, mas não exatamente o que se trata como “ordem pública” (CHOUKR, Fauzi H. A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, p. 89-93., 1993).

Sempre defendi e apontei abusos em certas interpretações. Não podemos aceitar argumentos abstratos, como a gravidade abstrata do delito imputado, o clamor social, eventual sentimento geral de insegurança, etc. (HC 80.719/SP, relator Min. Celso de Mello, DJ 28.9.2001). **O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente**. O clamor das ruas não deve orientar as decisões judiciais. Ainda que nesse precedente de 2008 tenha me referido à ideia de “credibilidade das instituições públicas” – o que hoje vejo com certas ressalvas – creio que ali se destaca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a imposição de prisões preventivas.

Por outro lado, sem dúvidas, o **STF aceita que motivos relacionados à gravidade em concreto das condutas criminosas praticadas possam legitimar a imposição da prisão cautelar**. Ou seja, não é possível autorizar a

prisão com argumentos que possam encaixar-se em qualquer caso, abstratos, sem conexão com o caso específico em análise, mas sim com argumentos que diferenciem o crime que enseja a prisão dos demais da mesma espécie.

Não se pode decretar uma prisão preventiva porque uma pessoa foi acusada por homicídio ou qualquer outro crime, simplesmente por ser este ou aquele crime que fundamenta a denúncia. Mas, sem dúvidas, é possível impor a segregação cautelar por motivos e circunstâncias específicas do caso concreto.

Penso que, nos termos do que sustentei anteriormente, **há uma progressiva fragilização da presunção de inocência ao longo da persecução penal**, com decisões como o recebimento da denúncia, a pronúncia no júri, a sentença condenatória e a confirmação de tal decisão em segundo grau. Isso não autoriza o início da execução da pena, mas é sem dúvidas relevante para eventual imposição e fundamentação de uma prisão preventiva.

A produção e a verificação das provas ao longo do processo são relevantes ao menos em relação ao fundamento da medida cautelar, o *fumus comissi delicti*, ou seja, a existência de lastro probatório suficiente a demonstrar a plausibilidade da ocorrência do fato criminoso narrado e de sua autoria. Mas igualmente pode contribuir para assentar a gravidade concreta dos fatos ou elementos concretos que indiquem consistente risco de reiteração criminosa.

Ou seja, o transcorrer do procedimento penal e as decisões proferidas pelos juízos de primeiro e segundo grau podem ser relevantes e fortalecer elementos para justificar legitimamente a imposição de uma prisão preventiva, desde que a partir de fundamentos compatíveis com a presunção de inocência e a jurisprudência deste Tribunal.

Portanto, o restabelecimento do trânsito em julgado da condenação, nos termos expressamente determinados pela Constituição Federal, como marco temporal para o início da execução de prisão-pena não impede a decretação anterior de prisão cautelar, desde que a partir de fundamentos legítimos e embasados em elementos do caso concreto.

No procedimento do Júri, a sentença proferida pelo Juiz-Presidente, a partir do decidido pelos jurados, é momento relevante para a verificação da

acusação. Nesse momento, nada impede que o magistrado reexamine a situação do condenado e, inclusive, decrete motivadamente uma prisão preventiva, a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos jurados.

7. Dispositivo

Diante do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário de modo a manter a vedação à execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri.

Assento a seguinte **tese** : “A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2. h), vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.”

Assim, **declaro a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/2019 ao art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal.**

É como voto.