

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

HELENA CRISTINA TORINELLI

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

**Rio do Sul
2022**

HELENA CRISTINA TORINELLI

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

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo
Centro Universitário para o Desenvolvimento do
Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI

Orientador: Prof. Dr. Pablo Franciano Steffen

Rio do Sul

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada **“A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI”** elaborada pela acadêmica HELENA CRISTINA TORINELLI, foi considerada

() APROVADA

() REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota _____.

_____, _____ de _____ de _____.

Profa. Vanessa Cristina Bauer
Coordenadora do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 13 de maio de 2022.

Helena Cristina Torinelli
Acadêmica

Ao meu avô, Erico Torinelli, por estar sempre ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, companheiro e amigos, cujo apoio e amor a mim dedicados contribuíram inexoravelmente neste árduo período que é o fim da graduação.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Pablo Franciano Steffen, cuja visível dedicação ao mundo acadêmico inspirou-me desde as fases iniciais do curso.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho de conclusão de curso é analisar se a execução imediata da pena no âmbito do Tribunal do Júri é (in)constitucional de acordo com os princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse sentido, demonstrar-se-á o que a legislação, jurisprudência e doutrina nacionais preveem acerca da execução imediata/provisória da pena, delimitando o estudo ao Tribunal do Júri. No mais e principalmente, discorrer-se-á acerca do Recurso Extraordinário nº 1.235.340 de modo a elencar os principais argumentos ali apresentados em sentido favorável ou desfavorável à execução imediata da pena. Por fim, o trabalho irá apresentar os posicionamentos doutrinários mais recentes, contrapondo-os ou somando-os às teses argumentativas expostas no RE nº 1.235.340 e, assim, responder se a execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri é (in)constitucional de acordo com os princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o Método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será feito através da técnica da pesquisa bibliográfica. O ramo de estudo é na área de Direito Processual Penal, sobre a Execução da Pena. Nas Considerações Finais, constata-se que a hipótese levantada é comprovada, não obstante haver posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes. Em suma, consolida-se que a execução imediata da pena proferida pelo Tribunal do Júri é inconstitucional, uma vez que não apenas é incompatível com o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, mas também viola o princípio da liberdade (artigo 5º, caput, CRFB), da apreciação do judiciário quanto a correta ou incorreta aplicação da lei ao caso (artigo 5º, XXXV, CRFB), da legalidade (artigo 5º, II, da CRFB), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB), do duplo grau de jurisdição (artigo 5º, §2º da CRFB c/c artigo 8º, nº 2, alínea “h”, CADH) e até mesmo, da isonomia (artigo 5º, caput e inciso I, CRFB).

Palavras-chave: (In)Constitucional. Execução imediata. Princípios. Supremo Tribunal Federal. Tribunal do Júri.

ABSTRACT

The main objective of this graduation conclusion work is to analyze the constitutionality of the immediate execution of the guilty verdict in the face of the constitutional principles set out in the Constitution of the Federative Republic of Brazil: Constitutional text of 1988. With this in mind, it will be shown the legislative, jurisprudential and doctrinaire aspects of the immediate/provisional execution of the guilty verdict, focusing the research on the jury court. Moreover and more importantly, the Extraordinary Appeal n. 1.235.340 will be addressed, in order to list the key arguments presented either it's favorable or unfavorable to immediately execute the penalty. Finally, this academic paper will introduce the most recent doctrinaire understandings, facing them or adding them to the argumentative theses presented at the EA n. 1.235.340, and, thereby conclude if the provisional execution of the guilty verdict proclaimed by the jury court is constitutional or otherwise while observing the constitutional principles set out in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The approach methodology that's going to be used in the elaboration of this academic paper is the inductive; the procedure method is the monographic. The data collection will be achieved through the bibliographic research technique. The study field is in the area of criminal procedural law, about the Enforcement of the Sentence. In the Final Comments of this paper, it is clear that the raised hypothesis was proven, despite some divergent doctrinaire and jurisprudential understanding. In conclusion, the unconstitutionality of the provisional execution of the guilty verdict by the jury court is consolidated, after all not only incompatible with the presumption of innocence, laid down in article 5, LVII of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, but also infringes the principle of freedom (art. 5, caption, CFRB), of the judicial appreciation about the correct or incorrect application of law in the specific case (art. 5, XXXV, CFRB), the principle of legality (art. 5, II, CFRB), the principle of due legal process (art. 5, LIV, CFRB), the principle of the two-tier judicial authority (art. 5, second paragraph, CFRB in accord with art. 8, number 2, subparagraph "h", ACHR) and even so, the principle of isonomy (art. 5, caption and number I, CFRB).

Keyword: (Un)Constitutional. Federal Supreme Court. Immediate execution. Jury court. Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACHR	American Convention of Human Rights;
ADC(s)	Ação(ões) Declaratória(s) de Constitucionalidade;
ART.	Artigo;
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos;
CF	Constituição da República Federativa do Brasil;
CP	Código Penal;
CPP	Código de Processo Penal;
CFRB	Constitution of the Federative Republic of Brazil;
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil;
EA	Extraordinary Appeal;
HC	<i>Habeas corpus</i> ;
Nº	Número;
P.	Página;
RE	Recurso Extraordinário;
STJ	Superior Tribunal de Justiça;
STF	Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA DE SUAS MODALIDADES E APLICAÇÃO	15
1.1 DAS PRISÕES CAUTELARES	17
1.1.1 PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO	24
1.1.2 A PRISÃO TEMPORÁRIA	30
1.1.3 A PRISÃO PREVENTIVA	35
1.2 A PRISÃO PENA	45
1.2.1 ASPECTOS TEÓRICOS ACERCA DA FUNÇÃO E FINALIDADE DA PENA	47
1.2.2 A TEORIA DA JUSTIFICAÇÃO DA PENA APLICADA NO BRASIL	57
1.3 BREVE ANÁLISE ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI	58
1.3.1 A PRISÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI	61
ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA	65
2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COM ENFOQUE NO TRIBUNAL DO JÚRI	80
A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DOS ARGUMENTOS ATÉ ENTÃO APRESENTADOS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.235.340	97
3.1 DA NATUREZA, DA POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO E PONDERAÇÃO E DA AMPLITUDE DE APLICAÇÃO PROCESSUAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	97
3.2 A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME EM RELAÇÃO AOS DE MAIS DISPOSITIVOS PROCESSUAIS PENAIS E ÀS ADCS Nº 43, 44 E 54: UMA VISÃO DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO	107

3.3 A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA COMO GARANTIA À EFETIVIDADE DA TUTELA PUNITIVA ESTATAL.....	112
3.4 A SOBERANIA DOS VEREDICTOS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTADOR DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS.....	143

INTRODUÇÃO

O objeto do presente Trabalho de Curso é a (in)constitucionalidade da execução imediata da pena no âmbito do Tribunal do Júri.

O seu objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI.

O objetivo geral deste trabalho de curso é analisar se a execução imediata da pena no âmbito do Tribunal do Júri é (in)constitucional de acordo com os princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os objetivos específicos são: a) demonstrar o que a legislação, jurisprudência e doutrina nacionais preveem acerca da execução imediata/provisória da pena, delimitando a análise ao Tribunal do Júri; b) discorrer acerca do caso objeto do Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal; c) demonstrar e discutir os posicionamentos dos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade da execução imediata da pena no Tribunal do Júri, nos moldes do artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, cuja redação atual foi promovida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime); e, por fim, d) contrapor e/ou sustentar os argumentos até então apresentados em sede do julgamento do RE nº 1.235.340 em face dos posicionamentos doutrinários atuais.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: A execução imediata da pena no âmbito do Tribunal do Júri é (in)constitucional de acordo com os princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que sob a luz dos princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a execução imediata/provisória da pena no Tribunal do Júri, nos moldes do art. 492, inciso I, alínea ‘e’ do Código de Processo Penal, é inconstitucional.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração desse trabalho de curso será o indutivo; o método de procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será feito através da técnica da pesquisa bibliográfica.

Diante da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) no artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, verificou-se a intensificação do debate acerca da possibilidade ou não da execução imediata

da pena decretada pelo Tribunal do Júri, não obstante posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal manifestando-se pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Ademais, observou-se que tal debate tem palco no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, e, portanto, visa-se o estudo deste e dos argumentos até então apresentados, uma vez que a decisão colegiada ali elaborada tem o condão de alterar o procedimento do Tribunal do Júri, e, conseqüentemente a vida de inúmeros acusados que respondem em liberdade a solução de seus crimes dolosos perpetrados contra a vida.

No primeiro capítulo, será realizado um estudo acerca das modalidades de prisão previstas no ordenamento jurídico penal brasileiro. Posteriormente, aprofundar-se-á a análise quanto às prisões processuais admitidas pela legislação e jurisprudência nacionais, com enfoque na principal delas: a prisão preventiva; da qual se elencará os requisitos e características, de modo a investigar sua legitimidade no sistema processual penal ante os parâmetros assentados pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Por fim, analisar-se-á as disposições gerais acerca do procedimento do Tribunal do Júri, especificando-se quais as prisões ali previstas e possíveis, bem como, introduzir-se-á na pesquisa a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, a qual instituiu a possibilidade da execução imediata da pena proferida no Tribunal do Júri.

Na sequência, o segundo capítulo abordará o dilema da execução anterior ao trânsito em julgado da condenação penal a partir da análise cronológica dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da problemática. Preliminarmente, elencar-se-á as decisões proferidas relacionadas a (in)constitucionalidade da prisão pena após a condenação de segunda instância, destacando-se os principais argumentos utilizados e conectados com a especificidade desta monografia. Ato contínuo, relacionar-se-á os julgados pelo Supremo Tribunal Federal referentes à execução imediata da pena no Tribunal do Júri. Culminar-se-á na exposição do caso origem do Recurso Extraordinário nº 1.235.340 e dos argumentos até então apresentados pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Por derradeiro, no terceiro capítulo especificar-se-á os principais argumentos elencados no capítulo anterior, com especial destaque àqueles expressos nas manifestações dos Senhores Ministros supracitados em sede do Recurso Extraordinário nº 1.235.340. Posteriormente, tais posicionamentos serão confrontados

ou sustentados por alguns dos entendimentos doutrinários atuais no tocante à execução imediata da condenação decretada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

O presente Trabalho de Curso encerrar-se-á com as Considerações Finais nas quais serão apresentados pontos essenciais destacados dos estudos e das reflexões realizadas sobre a (in)constitucionalidade da execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri.

CAPÍTULO 1

A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA DE SUAS MODALIDADES E APLICAÇÃO

Em conformidade com o artigo 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, o Código de Processo Penal brasileiro prevê em seu artigo 283 duas espécies de privações de liberdade, ambas definidas de acordo com o marco processual/temporal do trânsito em julgado.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.²

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior³ afirma que o ordenamento jurídico brasileiro legitima a possibilidade de a) Prisão Cautelar, a qual pode ser subdividida em preventiva e temporária, e ocorre previamente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que respeitados os requisitos legais, os quais serão verificados adiante; e, de b) Prisão Pena, esta que ocorre após o trânsito em julgado e consiste na execução definitiva da sentença e o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Salienta-se que Guilherme Madeira Dezem classifica as prisões de forma convergente: sendo prisão pena aquela após o trânsito em julgado e prisão processual a aplicada durante o processo e conseqüentemente, antes do trânsito em julgado⁴.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1365-1369.

⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

Gustavo Henrique Badaró dispõe que no sistema brasileiro existem três modalidades de prisões cautelares: prisão temporária, prisão em flagrante delito e prisão preventiva. As quais são contrapostas à prisão que constitui sanção penal, afinal esta é “definitiva” e imposta apenas após o trânsito em julgado da condenação penal.⁵

Em consonância, Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que o artigo supracitado distingue a prisão provisória, ou seja, a prisão processual ou cautelar, da prisão penal, para declarar esta última somente possível depois de transitada em julgado a sentença condenatória.⁶

Sob tal viés, Guilherme de Souza Nucci menciona que ao passo em que a liberdade é regra no ordenamento brasileiro, a prisão é exceção. Dessa forma, elenca as seguintes espécies de prisão cautelar: a) prisão temporária; b) prisão em flagrante; c) prisão preventiva, a qual abarca a prisão para aguardar o Júri e a prisão para recorrer; e, por fim, d) de condução coercitiva.⁷

No mais, ao entender que o ordenamento jurídico brasileiro apenas compreende a possibilidade da Prisão Cautelar ou da Prisão Pena, Aury Lopes Júnior⁸ defende que a modalidade da execução antecipada da pena, seja aquela decretada anteriormente ao trânsito em julgado e após o julgamento em segunda instância, ou então, aquela prevista ao Tribunal do Júri no artigo 492, I, “e” do atual Código de Processo Penal⁹, inserida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que confere o imediato recolhimento à prisão do indivíduo condenado a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, é inconstitucional, uma vez que sustenta evidente

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 12.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 43.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal - esquemas & sistemas**. 6. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 137.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1377.

⁹ Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: 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; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 11 mar. 2022.

violação ao princípio da presunção de inocência elencado no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁰

Antonio Magalhães Gomes Filho concorda ao passo em que afirma que prisões ordenadas como antecipação da punição não são recepcionadas à luz da garantia constitucional da presunção de inocência, somente aquelas que estejam justificadas pela excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado comprometa o regular desenvolvimento ou a eficácia da atividade processual.¹¹

Despendidas as considerações iniciais e gerais acerca do tópico, entende-se necessária uma análise pormenorizada da Prisão Cautelar e da Prisão Pena.

1.1 DAS PRISÕES CAUTELARES

Em conformidade ao supra exposto, tem-se que a Prisão Cautelar é aquela que pode ocorrer em qualquer fase ou momento do processo ou da investigação preliminar, inclusive em grau recursal¹², visando garantir o normal andamento do processo, assegurando-se a eficaz aplicação do poder de apenar.¹³

No tocante à Prisão Cautelar, Aury Lopes Júnior ressalta que a afirmação constitucional explícita e inafastável de que o acusado é presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares.¹⁴

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

¹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique.

Código de processo penal comentado. 4. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 43.

¹² Ressalta-se que a modalidade temporária de prisão cautelar pode ocorrer apenas na etapa de inquérito policial, conforme se verá detalhadamente ao tópico 1.1.2 deste trabalho.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1367

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1368.

O autor defende que a presunção de inocência pode coexistir com a aplicação das cautelares, desde que estas preencham os requisitos legais, sejam fundamentadas na cautelaridade e observem os princípios que as regem.¹⁵

Nesse sentido e conforme já explicitado acima, as medidas cautelares têm como função tutelar o processo. Assim, Aury Lopes Júnior defende que esta necessidade de tutela deve ser fundamentada em dois requisitos: o *fumus commissi delicti* (fumaça da ocorrência de um delito) e o *periculum libertatis* (perigo em virtude do estado de liberdade do acusado). Entende-se que a probabilidade da ocorrência de um delito deve estar pautada na prova da existência do crime e nos indícios suficientes de autoria, enquanto o perigo do estado de liberdade do acusado constitui-se na prova de que sua liberdade, de acordo com as suas condutas, coloca em risco a função punitiva estatal (fuga, por exemplo) ou o normal desenvolvimento do processo, acarretando em graves prejuízos a este (como a prejudicialidade da coleta de provas).¹⁶

Guilherme Madeira Dezem igualmente afirma que a medida cautelar, como modalidade de prisão processual, exige a presença do *periculum libertatis* e do *fumus commissi delicti*.¹⁷

Gustavo Henrique Badaró¹⁸ ressalta que as prisões cautelares e as medidas cautelares em geral são apenas aquelas previstas em lei, ao passo em que, diferentemente do Direito Processual Civil, o magistrado não detém o poder de decretar medidas não previstas em lei. Tal princípio da “taxatividade das medidas cautelares pessoais” é previsto, segundo o autor, a partir do princípio da liberdade (artigo 5º, *caput* da CRFB)¹⁹, do devido processo legal (artigo 5º, LIII, da CRFB)²⁰ e, ainda, no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).²¹

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1368.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1379-1380.

¹⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 9.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

²⁰ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

²¹ Art. 7º. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. BRASIL.

Além da fundamentação supra, ao considerar que os princípios que devem ser observados pelo instituto da prisão cautelar, são o elo necessário para permitir a coexistência com a constitucional presunção da inocência, e, portanto, viabilizar a aplicação da supracitada modalidade de prisão no sistema jurídico brasileiro, Aury Lopes Júnior, dedica o tópico 3, de seu Capítulo XI “Prisões Cautelares e Liberdade Provisória: A (in)eficácia da presunção de inocência”, ao esclarecimento destes.²²

Em síntese, tem-se:

a) princípio da jurisdicionalidade e motivação²³: garantido pelo artigo 5º, LXI e artigo 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como, pelo artigo 282, §2º, artigo 283, artigo 311 e artigo 315 do Código de Processo Penal, e, ainda, pelo artigo 2º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989²⁴, prevê que toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada e motivada pelas partes, visando evitar a banalização da medida e sua decretação de ofício²⁵, nesse sentido, ressalta Guilherme Madeira Dezem que o juiz não poderá decretar cautelares de ofício durante o processo, nem mesmo na sentença ou na pronúncia, exceptuando-se a situação do artigo 282, §5º²⁶;

b) contraditório: ao receber o pedido de medida cautelar, o juízo deve atender o previsto no artigo 282, §3º do Código de Processo Penal e, dessa forma, ouvir a

Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1379-1388.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1379-1388-1391.

²⁴ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 11 de mar. 2022.

²⁵ Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), em franca violação do sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida [...] quando estamos diante de um juiz--instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia. Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1503-1505.

²⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 7.

defesa antes da decisão. Nota-se que a realização do contraditório apenas pode ser dispensada/adiada em casos de urgência ou de perigo, os quais deverão ser justificados e fundamentados na decisão, sob pena de violação do art. 93, IX, da CRFB/1988 (dever de motivação de seus atos)²⁷. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior ainda destaca que não se permite argumentos vagos, genéricos, formulários, aplicáveis a qualquer caso²⁸;

c) princípio da provisionalidade e o princípio da atualidade do perigo: ao considerar que as medidas cautelares tutelam uma situação fática, entende-se que assim que desaparecido tal suporte, a prisão deve ser cessada. Tal entendimento está consagrado no artigo 282, §§4º e 5º do Código de Processo Penal e garante que a prisão preventiva ou qualquer das medidas alternativas possam ser revogadas ou substituídas. No mais, a “atualidade do perigo” é fator caracterizador da natureza cautelar da medida, assim, se o risco deixa de ser presente, passa a ser passado, ou apenas futuro e incerto, não há razões capazes de fundamentar a manutenção da medida cautelar. Nesse sentido, os artigos 312, §2º e 315 do Código de Processo Penal, em consonância com o artigo 316 do mesmo diploma legal, são essenciais na garantia de tais princípios²⁹;

d) provisoriedade: relacionado com o fator tempo, tal princípio requer que a medida cautelar seja temporária, visto que visa tutelar uma situação fática e não antecipar a pena. Nesse sentido, Aury Lopes Junior apresenta crítica ao fato de não haver duração determinada à prisão preventiva, e ressalta que apenas a prisão temporária apresenta limitação temporal legal, conforme o artigo 2º da Lei nº 7.960³⁰;

e) excepcionalidade: o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal, bem como, o artigo 310, II, do mesmo diploma legal, enfatiza que a aplicação das medidas cautelares deve observar a adequação e suficiência destas ao caso concreto, resguardando-se a prisão preventiva às situações mais graves. A excepcionalidade visa a não banalização da aplicação da prisão cautelar, uma vez que ao ser

²⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 8.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1391-1395.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1391-1400.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1400-1407.

implementada implica severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado³¹.

f) proporcionalidade: definido por Aury Lopes Júnior como o princípio sustentáculo das prisões cautelares, deve nortear o juízo na determinação de qual medida, daquelas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, aplicar ao caso concreto. O autor compartilha da compreensão de Fábio Corrêa Souza Oliveira³² e defende que a proporcionalidade abarca três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Prevista no artigo 282, II, do Código de Processo Penal, a adequação prevê que o juízo busque dentre as medidas cautelares elencadas no artigo 319 supracitado, aquela que é igualmente apta e menos onerosa ao imputado, mantendo a prisão cautelar apenas aos casos mais graves. O quesito da necessidade está relacionado aos princípios da provisoriedade e provisionalidade, e, portanto, garante que a gravidade da medida e tempo de sua aplicação sejam proporcionais a sua finalidade. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o respeito ao direito da liberdade do imputado presumidamente inocente, e a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes³³.

Guilherme Madeira Dezem ainda elenca no rol de princípios constitucionais e convencionais à prisão cautelar o respeito à integridade física e moral do preso, a observância das imunidades prisionais, da prisão especial ou em sala do estado maior, bem como, das regras de tempo e local permitidos para realização da prisão e da necessidade de mandado de prisão³⁴.

Gustavo Henrique Badaró defende que a prisão cautelar deve ser desempenhada visando assegurar o resultado de uma hipotética condenação, de modo que para ser aceita e constitucionalmente viável deve respeitar sua principiologia e, especialmente, a sua própria natureza cautelar, mantendo-se a instrumentalidade e acessoriedade inerentes à ela³⁵.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1407-1412.

³² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 321.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1412-1417.

³⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11-16.

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 2.

Acrescenta-se que em conformidade com o princípio da presunção de inocência, as cautelares são compatíveis em virtude de sua finalidade conservativa, assim, ressalta que qualquer medida que tenha por finalidade antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal, ainda que em caráter provisório, não pode ser encarada como tutelar ao processo e, portanto, será incompatível com a presumida inocência do imputado, bem como, conseqüentemente, inviável ao ordenamento jurídico brasileiro.³⁶

À vista do supracitado, Gustavo Henrique Badaró ainda atenta:

Se a medida cautelar for mais gravosa que o provimento final a ser proferido, além de desproporcional, também não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. O instrumento não pode ir além do fim ao qual ele serve. O acessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo.³⁷

No que concerne à tutela cautelar das prisões abarcadas neste tópico, Aury Lopes Júnior traduz trecho de Calamandrei:

[...] a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da Justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são instrumentos do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito (material); são, portanto, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento.³⁸

Nessa linha, dos ensinamentos de Alexandre Morais da Rosa extrai-se que a aplicação das medidas cautelares está vinculada ao resultado do processo, e, portanto, respeitando-se o princípio da presunção de inocência, as prisões que antecedem o julgamento definitivo devem ser evitadas.³⁹

Em convergência, Guilherme Madeira Dezem explicita que não sendo as prisões cautelares uma modalidade de antecipação da pena, para sua decretação não

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

³⁸ CALAMANDREI, Pietro *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 2998.

³⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 78-83.

é necessária a discussão entre culpado e inocente, mas sim, apenas analisar se as hipóteses das medidas cautelares estão presentes no caso, por fim, o autor resume que mesmo sendo o indivíduo inocente “caso tente fugir ou ameace testemunhas, estarão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva e não haverá violação da presunção de inocência nesta hipótese”.⁴⁰

Por sua vez, Luigi Ferrajoli critica o instituto da prisão cautelar, ao afirmar que:

[...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. [...] é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal. [...] A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à “estrita necessidade” instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo⁴¹.

Apesar de concordar que em um Estado que consagra a presunção de inocência, a privação de liberdade deveria ocorrer apenas após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, Renato Brasileiro de Lima considera imperioso a adoção de medidas cautelares diante do risco de que eventuais atitudes do imputado comprometam a atuação jurisdicional⁴².

Aury Lopes Júnior indigna-se com a banalização do instituto e se manifesta nos seguintes termos:

Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhado um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. A dimensão simbólica de uma prisão imediata – que a cautelar proporciona – acaba sendo utilizada para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna--

⁴⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 3.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 3.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 842.

se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando--o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta--se a legitimidade das prisões cautelares.⁴³

Em suma, conceituado Prisão Cautelar e expostas as justificativas e requisitos que a fundamentam, passa-se a análise das espécies de prisões cautelares propriamente ditas: a prisão temporária e a prisão preventiva; apresentando-se ainda, brevemente, o instituto da prisão em flagrante delito.

1.1.1 Prisão em flagrante delito

Preliminarmente, esclarece-se que Aury Lopes Júnior, não considera a prisão em flagrante como modalidade de prisão cautelar, ao passo em que sustenta sua natureza pré-cautelar.⁴⁴

Para o autor o flagrante é uma medida precária, consistente em mera detenção, que não está dirigida a garantir o resultado final do processo, assim, afirma que é apenas um instrumento para colocar o detido à disposição do juízo, ou seja, não se enquadra nos requisitos e fundamentos da cautelaridade explicitada no tópico anterior e, portanto, é uma medida independente que pode ou não resultar na decretação de medida cautelar pelo juízo.⁴⁵

Compartilha do mesmo entendimento, Gustavo Henrique Badaró, ao passo em que afirma que a prisão em flagrante é apenas um estágio inicial da prisão preventiva ou de medidas cautelares alternativas à prisão, de modo que não pode ser considerada uma medida cautelar autônoma.⁴⁶

Guilherme de Madeira Dezem entende que uma vez ausente o *periculum libertatis* na prisão em flagrante, esta assume papel de “medida precautelar”.⁴⁷

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1410.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1417.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1417-1425.

⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.

⁴⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 17.

Francesco Carnelutti classifica a flagrância como a visibilidade do delito⁴⁸, o que, para Aury Lopes Júnior, é a justificativa da permissão legal da prisão em flagrante, uma vez que a visibilidade garante que o *fumus commissi delicti* seja patente e inequívoco.⁴⁹

Para Hélio Tornaghi, a prisão em flagrante possui diversas funções, sendo elas:

a) exemplaridade – servindo de advertência para os maus; b) satisfação – pois restitui a tranquilidade aos bons; c) prestígio – pois restaura a confiança na lei, na ordem jurídica e na autoridade; d) evita a consumação do crime ou seu exaurimento; e) protege o preso contra a exasperação do povo.⁵⁰

Guilherme Madeira Dezem concorda com a funções “c”, “d” e “e” elencadas por Hélio Tornaghi, mas diverge do autor no que se refere às primeiras finalidades, uma vez que entende que o flagrante não pode “se servir das categorias “bom” e “mau””.⁵¹

Prevista no artigo 301 e seguintes do Código de Processo Penal, extrai-se do artigo 302 as espécies de flagrância:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração⁵².

Brevemente, esclarece-se que o flagrante do inciso I, é aquele que ocorre quando o agente é surpreendido cometendo o delito, enquanto o previsto no II ocorre quando o agente acabou de cometer o delito, ou seja, quando, sem lapso temporal relevante, já cessou de praticar a conduta descrita no tipo penal.⁵³

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones Olejnik. p. 77, *apud* LOPES LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1417-1419.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1419.

⁵⁰ TORNAGHI, Helio. Curso de Processo Penal. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50, *apud* DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 17.

⁵¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 17.

⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1425.

Nota-se que as flagrâncias do inciso III e IV são mais frágeis e, portanto, são nominadas como “impróprias”⁵⁴. Esclarece Guilherme Madeira Dezem que no inciso III tem-se a figura do flagrante imperfeito, irreal ou quase flagrante. É a hipótese em que “a pessoa é perseguida logo após o cometimento da infração, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”.⁵⁵

No que concerne ao requisito de “logo após”, Guilherme Madeira Dezem explica que:

[...] caso aconteça um roubo em um supermercado e a polícia saia em perseguição aos supostos autores do delito pelo bairro e perca-os de vista, faz todo sentido que, dando-se continuidade à perseguição e encontrando-se os suspeitos, sejam presos em flagrante. Situação absolutamente distinta mostra-se aquela em que o lapso temporal é amplo, com duração de vários dias. É possível imaginar-se esta situação em exemplos de laboratório ou cinematográficos, mas não é possível imaginar-se esta situação na vida diária.⁵⁶

Ao explicar a última hipótese de flagrante do artigo 302, CPP, Guilherme de Souza Nucci exemplifica ser a situação em “que a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.” Nesse sentido, o doutrinador ainda esclarece que por “logo depois” passa-se uma ideia de imediatidade, não podendo a situação de flagrante durar mais que algumas horas.⁵⁷

Adverte Roberto Delmanto Junior, que a expressão “logo depois” deve ser interpretada de forma mais restritiva que o “logo após” expresso no inciso III do artigo 302, CPP, uma vez que a perseguição ininterrupta do autor desde o momento da suposta prática do delito, possui carga probatória maior, permitindo-se uma prorrogação temporal igualmente superior.⁵⁸

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1425.

⁵⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 19.

⁵⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 19.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2022. p. 678.

⁵⁸ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 1998. p. 105, *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2022. p. 678.

Além do artigo 302 supra exposto, o artigo 303 do Código de Processo Penal⁵⁹ também prevê modalidade de flagrante, uma vez que define a sua incidência nas infrações permanentes, garantindo-se que enquanto não cessar a permanência, a flagrância também prevalecerá.

Aury Lopes Júnior⁶⁰ menciona o flagrante forjado (ilegal, uma vez que inexistente o crime), o provocado e o preparado, ambos ilegais, uma vez que vistos como impossíveis nos termos do artigo 17 do Código Penal⁶¹ e da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.⁶²

Guilherme Madeira Dezem exemplifica a diferença entre flagrante preparado e esperado:

Imaginemos que um policial esteja investigando famoso suspeito de comandar o crime organizado. Este policial então liga para o suspeito e faz uma proposta: se forem pagos um milhão de reais a investigação será encerrada. O suspeito aceita, mas o policial faz uma única exigência: que o dinheiro seja entregue pessoalmente por ele ao policial, o que é aceito. No dia da entrega do dinheiro o policial, diante de inúmeras câmeras de TV prende o suspeito em flagrante pelo crime de corrupção ativa. Nesta situação, embora a prova seja difícil, fica evidente que a conduta foi praticada pelo induzimento da autoridade policial, de forma que se trata de crime impossível com incidência da Súmula 145 do STF. Utilizemos o mesmo exemplo, mas com pequena variação que altera por completo o quadro. Imaginemos que um policial esteja investigando famoso empresário suspeito de comandar o crime organizado. O empresário liga para o policial e sugere comprar seu silêncio por um milhão de reais. O policial aceita e, no momento da entrega, prende o empresário. Neste segundo exemplo deve-se notar que a conduta partiu diretamente da pessoa sem que para isso houvesse qualquer estímulo por parte da autoridade policial, que apenas cedeu à sugestão de corrupção para poder prender o empresário. Esta postura da autoridade policial fará toda a diferença no caso concreto.⁶³

⁵⁹ Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1440.

⁶¹ Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶² Súmula 145: Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. BRASIL. **Súmula 145**. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 13 dez. 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁶³ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 20.

Ainda, Guilherme Madeira Dezem relata que tal distinção é mais comumente associada ao crime de tráfico e, portanto, exemplifica situação em que o agente policial vai até o indivíduo para comprar drogas, nesse caso, se o indivíduo já tem a droga consigo e a vende para o policial, enquadra-se em flagrante esperado, todavia, será flagrante preparado (e ilegal) quando o indivíduo não tem a droga consigo e a adquirirá com outro para então repassá-la ao policial, ou seja, quando o crime é induzido pelo policial.⁶⁴

No tocante a tal situação, Renato Brasileiro de Lima destaca alteração legal promovida pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019⁶⁵) no artigo 33, §1º, IV da Lei nº 11.343/2006⁶⁶ e nos artigos 17, §2º, e 18, parágrafo único da Lei nº 10.826/03⁶⁷ criando a figura do agente policial disfarçado:

De fato, ante a criação das novas figuras típicas, na eventualidade de haver um levantamento prévio por parte de policiais demonstrando que determinado indivíduo estaria vendendo drogas em pequenas quantidades (“tráfico formiguinha”), sem mantê-las consigo antes de receber cada proposta, eventual venda da substância ao agente disfarçado, terá o condão de tipificar o crime do art. 33, §1º, IV da Lei n. 11.343/06, pouco importando, *in casu*, que com o traficante seja localizada exclusivamente a exata quantidade de droga comercializada. Não existisse o novo tipo penal envolvendo o agente policial disfarçado, a prisão em flagrante do traficante pelos demais verbos núcleos do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, não seria viável, porquanto descartada a voluntariedade acerca da posse da droga envolvida na negociação.⁶⁸

Aury Lopes Júnior encara flagrante provocado e preparado como duas situações diferentes, afirmando-se que o primeiro consiste na indução e estimulação do agente para praticar o delito pelo qual será então preso, e o segundo, ausente

⁶⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 20.

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 901.

qualquer provocação ao agente, ocorre quando o flagrante é tão meticulosamente articulado que em nenhum momento o bem jurídico tutelado é colocado em risco.⁶⁹

Enquanto isso, Renato Brasileiro de Lima ressalta que na jurisprudência⁷⁰ não há distinção entre flagrante esperado ou provocado.⁷¹

Aury Lopes Júnior ainda elenca o flagrante protelado ou diferido, o qual está previsto nos artigos 8º e 9º da Lei das Organização Criminosas (Lei nº 12.850/2013) e, em apertada síntese, autoriza a polícia a retardar sua intervenção (prisão em flagrante) para realizá-la em momento posterior e mais adequado, visando com isso, por exemplo, monitorar os suspeitos e obter mais informações acerca da organização criminosa.⁷²

Em linha oposta, Gustavo Henrique Badaró entende que o flagrante diferido não é uma nova modalidade flagrancial, uma vez que considera ser apenas uma autorização legal para que a autoridade policial e seus agentes deixem de efetuar a prisão em flagrante, objetivando uma maior eficácia na investigação.⁷³

Após perfectibilizada a prisão em flagrante, o juiz competente, o Ministério Público e a família do conduzido serão imediatamente comunicados (artigo 306, Código de Processo Penal).⁷⁴

Ademais, em até 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, deverá ser encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial (artigo 5º, LXII, da Constituição da República Federativa do Brasil c/c artigo 306, §1º, CPP), de modo que o juiz então, de forma escrita e fundamentada, irá conceder a liberdade provisória ao conduzido, com ou sem aplicação de medidas cautelares (artigos 310 c/c 319, CPP), ou ainda, caso necessária e requerida pelo

⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1442.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 81.020/SP**, Relator: Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/02/2008, DJ 14/04/2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 899.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1444.

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 20.

⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

Ministério Público ou pela polícia (artigo 311, CPP), decretará a prisão preventiva através de decisão escrita e fundamentada.⁷⁵

Por fim, Aury Lopes Júnior salienta que a fundamentação à conversão da prisão em flagrante em preventiva deverá apontar o *fumus commissi delicti*, o *periculum libertatis*, e ainda, os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, observando-se os princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade.⁷⁶

1.1.2 A prisão temporária

Prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989⁷⁷, a prisão temporária é, assim como a prisão preventiva, uma modalidade de segregação cautelar e, por conseguinte, aplica-se a ela o disposto no artigo 282 do Código de Processo Penal, bem como, a base principiológica explicitada no tópico “Prisão Cautelar” deste trabalho, em especial, os princípios da necessidade e adequação.⁷⁸

Gustavo Henrique Badaró define prisão temporária como:

[...] uma modalidade de prisão cautelar, de duração limitada no tempo, a ser utilizada durante a fase da investigação policial, destinada a evitar que em liberdade o investigado possa dificultar a colheita de elementos de informação durante a investigação policial de determinados crimes de maior gravidade.⁷⁹

Conceitua Renato Brasileiro de Lima:

Como espécie de medida cautelar, visa assegurar a eficácia das investigações - tutela meio -, para, em momento posterior, fornecer elementos informativos capazes de justificar o oferecimento de uma denúncia,

⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1460.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1615.

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 34.

fornecendo justa causa para a instauração de um processo penal, é, enfim, garantir eventual sentença condenatória - tutela-fim.⁸⁰

Guilherme Madeira Dezem ressalta que prisão temporária e prisão preventiva não se confundem, uma vez que a primeira somente pode ser decretada no inquérito policial, e a segunda, a qualquer momento processual.⁸¹

Nota-se que a decretação da prisão temporária pode ocorrer mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, estando vedada a sua determinação de ofício.⁸²

Além disso, a decisão elaborada pelo juízo deve estar devidamente fundamentada, conforme preconiza o art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil⁸³ e o art. 2º, § 2º, da Lei n. 7.960⁸⁴. Tal fundamentação consiste na demonstração da necessidade da prisão temporária e da presença do requisito e fundamentos que a legitimam.⁸⁵

Ressalta Gustavo Henrique Badaró que é preciso demonstrar a ocorrência das situações fáticas previstas nos incisos I, II e III do artigo 1º da Lei nº 7.960⁸⁶, sempre

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 957.

⁸¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 37.

⁸² Art. 2º. BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1618-1620.

⁸⁶ Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);

c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);

e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);

f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);

h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);

i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);

j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);

l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;

com base em elementos de provas existentes no inquérito policial, não bastando a mera repetição do texto da lei.⁸⁷

Nessa linha, Aury Lopes Júnior⁸⁸ entende que a prisão temporária somente poderá ser decretada se presentes as situações previstas nos incisos I e III do artigo 1º da Lei nº 7.960, afinal, defende que o *fumus commissi delicti* está previsto no inciso III, ao passo em que este exige, conforme supra exposto, fundadas razões de autoria ou participação do indiciado, enquanto a imprescindibilidade para as investigações do inquérito enquadra o *periculum libertatis*.⁸⁹

Guilherme de Souza Nucci, todavia, entende que a prisão poderá ser decretada combinando-se o inciso I com o III ou ainda, o II com o III:

Enfim, não se pode decretar a temporária somente porque o inciso I foi preenchido, pois isso implicaria viabilizar a prisão para qualquer delito, inclusive os de menor potencial ofensivo, desde que fosse imprescindível para a investigação policial, o que soa despropositado. Não parece lógico, ainda, decretar a temporária unicamente porque o agente não tem residência fixa ou não é corretamente identificado, em qualquer delito. Logo, o mais acertado é combinar essas duas situações com os crimes enumerados no inciso III, e outras leis especiais, de natureza grave, o que justifica a segregação cautelar do indiciado.⁹⁰

André Luiz Nicolitt concorda e argumenta que não se exige a combinação dos três incisos, apenas que o inciso I ou o II, combinem com o inciso III, afinal, os dois primeiros representam o *periculum in mora* e, portanto, não podem ser isolados do *fumus boni iuris* encontrado no inciso III.⁹¹

m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;

n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 34.

⁸⁸ "A prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III e I. A situação descrita no inciso II apenas reforça o fundamento da prisão, logo, pode haver prisão temporária pela conjugação dos três incisos." LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1629.

⁸⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1624.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2022. p. 670.

⁹¹ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 1.

Aury Lopes Júnior afirma que o rol de crimes do artigo 1º da Lei nº 7.960, é taxativo⁹² e ainda, em consonância com Eugênio Pacelli de Oliveira que seu inciso II é absorvido pelo inciso I, uma vez que aquele expressa uma das várias hipóteses que se enquadram neste.⁹³

No mais, salienta-se que é necessário que se fundamente que a prisão do imputado é imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou seja, que a investigação necessita da prisão ou que a liberdade do imputado seja incompatível com o que se necessita para melhor esclarecer os fatos ali investigados.⁹⁴

Sob tal ótica, Guilherme Madeira Dezem critica a decretação da prisão pautada em termos genéricos e afirma ser necessário identificar no caso concreto a motivação e a efetiva necessidade da prisão, ou seja, é necessário que o juízo explicita por qual motivo aquela prisão é necessária em específica aplicação ao caso concreto.⁹⁵

A prisão temporária, em mais uma característica divergente da preventiva, possui prazo de duração, uma vez que o artigo 2º da Lei nº 7.960 define que tal segregação poderá durar por até 5 (cinco) dias, prorrogável uma única vez por igual período apenas em casos de extrema e comprovada necessidade⁹⁶. Enquanto for crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 (trinta) dias, também prorrogáveis por igual período, *vide* artigo 2º, §4º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990)⁹⁷.

Conforme adverte Renato Brasileiro de Lima, apenas elementos colhidos enquanto o acusado estava preso e diligências novas podem autorizar a prorrogação do prazo da prisão temporária.⁹⁸

Ademais, o supracitado autor ainda ressalta que o preso temporário deverá permanecer separado dos demais detentos (artigo 3º, caput, da Lei nº 7.960/89) e

⁹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1629.

⁹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 444.

⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1625.

⁹⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 37.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁹⁷ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 966.

submetido a realização de exame de corpo de delito (artigo 2º, §3º do mesmo diploma legal) no momento inicial da prisão e quando do seu término.⁹⁹

André Luiz Nicolitt igualmente menciona a possibilidade do juízo, por ofício ou a requerimento, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial, bem como submeter o preso a exame de corpo de delito (art. 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989) e atenta que tal medida é essencial para se evitar eventuais abusos.¹⁰⁰

Por fim, salienta-se que a prisão temporária poderá dar lugar, após o escoamento do seu prazo, a uma prisão preventiva, contudo, ressalta Aury Lopes Júnior, que aquela, em nenhuma hipótese, poderá ser decretada ou perdurar quando já estiver concluído o inquérito policial.¹⁰¹

Sob tal ponto, Renato Brasileiro de Lima esclarece que decorrido o prazo da temporária, o inquérito será submetido à Justiça e lá, o Ministério Público então oferecerá a denúncia, momento este em que poderá requerer a prisão preventiva, desde que comprovada sua necessidade.¹⁰²

Ressalta-se que tal requerimento deverá ser feito no prazo de duração da prisão temporária, afinal, o § 7.º do art. 2.º da Lei nº 7.960/1989, com a redação dada pela Lei nº 13.869/2019¹⁰³, prevê que, vencido o prazo da prisão temporária, a autoridade responsável colocará, imediatamente, o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada da prorrogação da prisão temporária ou da decretação da prisão preventiva.¹⁰⁴

Por fim, Gustavo Henrique Badaró ressalta que o requerimento de decretação da prisão preventiva deverá ser feito por seus próprios fundamentos e obedecendo-

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 966-967.

¹⁰⁰ NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 6.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1622.

¹⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 966.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm Acesso em: 22 mar. 2022.

¹⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 39.

se os requisitos a si inerentes, não podendo o magistrado simplesmente reportar-se à justificação utilizada quando da prisão temporária.¹⁰⁵

1.1.3 A prisão preventiva

A prisão preventiva está prevista no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal, todavia, por ser espécie de prisão cautelar, observa também as disposições gerais desta, elencadas entre o artigo 282 e 300 do mesmo diploma legal supracitado.¹⁰⁶

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira refere que a cautelaridade da prisão preventiva está presente no objetivo de impedir eventuais condutas praticadas pelo autor ou por terceiros que possam colocar em risco a efetividade da investigação criminal e do processo. Ressalta que é este caráter cautelar a justificação para a privação da liberdade anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória.¹⁰⁷

Por conseguinte, a base principiológica pormenorizada ao tópico 1.1 deste trabalho, aplica-se à prisão preventiva, assim como demais normas referentes às prisões cautelares.

Nota-se, todavia, que diferentemente da prisão temporária, a prisão preventiva poderá ocorrer durante todo o curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível e na fase recursal¹⁰⁸.

Em respeito ao princípio da jurisdicionalização, da motivação e de expressa previsão legal (artigo 311 do Código de Processo Penal), a prisão preventiva só pode

¹⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 39.

¹⁰⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 447.

¹⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1502.

ser decretada por juiz competente a requerimento do Ministério Público, do querelante¹⁰⁹ ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.¹¹⁰

Ademais, para Thiago M. Minagé, a aplicação da prisão preventiva deve respeitar três etapas a) a análise dos requisitos essenciais, os quais classifica como *periculum libertatis e fumus commissi delicti*; b) a apreciação dos requisitos específicos, descritos no artigo 312, segunda parte, do Código de Processo Penal; e c) a verificação das hipóteses específicas de cabimento, mencionadas no artigo 313, primeira parte, do CPP.¹¹¹

Eugênio Pacelli de Oliveira ressalta ainda que será preciso analisar se no caso concreto não é suficiente a aplicação de outras medidas cautelares pessoais distintas da prisão preventiva, mantendo esta como última alternativa.¹¹²

Nessa linha, Aury Lopes Júnior, em consonância com Renato Brasileiro de Lima¹¹³ esclarece que na sistemática do Código de Processo Penal (artigo 312), o *fumus commissi delicti*¹¹⁴ é a prova da existência do crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria.¹¹⁵

Dessa forma, o autor esclarece que é necessário para a decretação da prisão preventiva, um juízo de probabilidade, ou seja, verossimilhança de todos os requisitos

¹⁰⁹ Estabelece ainda o art. 311 que caberá a prisão preventiva a partir de requerimento do querelante, o que pode induzir o leitor em erro. Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada (nos quais o apenamento é inferior ao exigido pelo art. 313, I). Então que querelante é esse? Pensamos que só pode ser o querelante de ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), em que a situação do querelante é similar àquela ocupada pelo Ministério Público (que por inércia não está ali), podendo perfeitamente requerer a prisão preventiva, demonstrando seus fundamentos. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1503.

¹¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹¹¹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Livro eletrônico. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. p. 226-227.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 447.

¹¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 920.

¹¹⁴ “O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto”. RUS, Illescas *apud* JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1507.

¹¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1507.

positivos do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade)¹¹⁶ e inexistência dos negativos (causas de exclusão de ilicitude¹¹⁷ ou da culpabilidade).¹¹⁸

Renato Brasileiro de Lima elaborou de forma simplificada o caminho a ser tomado pelo magistrado na decretação de prisão preventiva:

[...] inicialmente, verificar o tipo penal cuja prática é atribuída ao agente, aferindo, a partir do art. 313 do CPP, se o crime em questão admite essa prisão cautelar. Num segundo momento, incumbe ao magistrado analisar se há elementos que apontem no sentido da presença simultânea de prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*). O terceiro passo é aferir a presença do *periculum libertatis*, compreendido como o perigo concreto que a permanência do investigado (ou acusado) em liberdade acarreta para a investigação criminal, para o processo penal, para a efetividade do direito penal ou para a segurança social.¹¹⁹

No que concerne ao *periculum libertatis* (o perigo decorrente do estado de liberdade do sujeito passivo), Aury Lopes Júnior¹²⁰ afirma que o seu fundamento também está previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, ao passo em que este define que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.¹²¹

Nota-se que o rol apresenta situações alternativas e não cumulativas.¹²²

¹¹⁶ "Deve existir uma fumaça densa de que a conduta é aparentemente típica, aparentemente ilícita e aparentemente culpável." LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1511.

¹¹⁷ "Especificamente no que se refere à ilicitude, não se pode olvidar do disposto no art. 314 do CPP, em que havendo fumaça de que o agente praticou o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, não pode ser imposta a prisão preventiva (sem prejuízo da imposição de medidas cautelares diversas da prisão, art. 319). Basta que exista a fumaça da excludente para enfraquecer a própria probabilidade da ocorrência de crime, sendo incompatível com a prisão cautelar, ainda que em sede de probabilidade todos esses elementos sejam objeto de análise e valoração por parte do juiz no momento de aplicar uma medida coercitiva de tamanha gravidade." LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1512,

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1509.

¹¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 920.

¹²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1514.

¹²¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 13 mar. 2022.

¹²² "São conceitos que pretendem designar situações fáticas cuja proteção se faz necessária, constituindo, assim, o fundamento *periculum libertatis*, sem o qual nenhuma prisão preventiva poderá ser decretada. Tais situações, para a decretação da prisão, são alternativas e não cumulativas, de modo que basta uma delas para justificar--se a medida cautelar." LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1514.

Por garantia da ordem pública, Eugênio Pacelli de Oliveira entende que esta hipótese não visa proteger o processo enquanto instrumento da aplicação penal, e sim a agitada coletividade.¹²³

Renato Brasileiro de Lima explica que há três correntes doutrinárias e/ou jurisprudenciais que conceituam a garantia da ordem pública. Para a primeira corrente (minoritária), tal hipótese não possui fundamentação cautelar e sim, de antecipação da pena, afinal, não busca a proteção do processo, mas interesses extraprocessuais. Já a segunda corrente (majoritária) “acertadamente, (...) sustenta que a prisão preventiva pode ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente”, assim, a prisão do acusado o afastará, por exemplo, do convívio de seus parceiros de crime e, portanto, da prática de novos delitos. Por fim, a terceira corrente além de defender que a prisão preventiva pode ser decretada visando a prevenção da prática de novos delitos pelo acusado, argumenta que esta serve também para “acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça em crimes que provoquem clamor público¹²⁴”.¹²⁵

Nesse sentido, Thiago M. Minagé explica que o conceito de ordem pública deve ser empregado quando as atitudes do imputado perturbam a ordem pública, ao passo em que indicam tendência à prática de novos delitos ou evidenciam sua periculosidade.¹²⁶

No entanto, Aury Lopes Júnior critica a conceituação vaga, imprecisa, indeterminada e despida de qualquer referencial semântico da alternativa “por garantia da ordem pública”, argumentando ser ela inconstitucional, uma vez que desvirtuada da instrumentalidade tutelar que rege as prisões cautelares.¹²⁷

Igualmente, Antonio Magalhães Gomes Filho manifesta-se:

[...] à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 454.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 120.167/PR**, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 04/06/2009, DJ 08/09/2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 922-925.

¹²⁶ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal**. 5. ed. Livro eletrônico. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019. p. 234-235.

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1548.

cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em 'exemplaridade', no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.¹²⁸

Ressalta Gustavo Henrique Badaró que, ao menos, não tem sido aceita¹²⁹ a prisão decretada com base apenas na gravidade abstrata do delito, mesmo quando se trate de crime hediondo.¹³⁰

Quanto a garantia da ordem econômica, Aury Lopes Júnior explicita que esta foi inserida no rol do artigo 312 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 8.884/94 e visa tutelar o risco decorrente de condutas que afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, arriscando, por exemplo, o mercado de ações e valores. Todavia, o autor afirma que tal situação é pouco utilizada no dia a dia forense.¹³¹

Nesse sentido, Gustavo Henrique Badaró defende que a prisão para garantia da ordem econômica não se destina a assegurar os meios ou resultado do processo, de modo que não é uma medida de natureza cautelar.¹³²

Renato Brasileiro de Lima afirma que a finalidade da garantia da ordem econômica assemelha-se com aquela da garantia da ordem pública, tendo em vista que igualmente permite a prisão do acusado em caso de risco de reiteração da prática criminosa.¹³³

Todavia, Eugênio Pacelli de Oliveira adverte:

Se, no entanto, o fato de o acusado encontrar-se em liberdade puder significar risco à ordem econômica, pela possibilidade de repetição das condutas e, assim, de ampliação dos danos, a questão poderia facilmente se deslocar para a proteção da ordem pública. Mesmo aqui, o sequestro e a

¹²⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67-68.

¹²⁹ Na jurisprudência, não admitindo a prisão com base na gravidade abstrata do crime: STF, HC 90.862/SP, HC 88.408/SP, HC 87.041/PA, HC 81.126/SP; STJ, RHC 11.755/RS, HC 18.633/SP.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 23.

¹³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1516.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 23.

¹³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 925.

indisponibilidade de bens e valores dos responsáveis ainda nos pareceriam medidas mais eficientes, ao menos sob tal perspectiva (da proteção da ordem econômica).¹³⁴

No que concerne à decretação da prisão preventiva fundamentada na conveniência da instrução criminal, Aury Lopes Júnior a considera uma medida tipicamente cautelar e esclarece que nesta situação o *periculum libertatis* encontra-se no risco à coleta de provas ou ao normal desenvolvimento do feito, ao passo em que o sujeito passivo destrói documentos ou ameaça testemunhas, por exemplo.¹³⁵

Guilherme Madeira Dezem adverte que o exercício de um direito do acusado não poderá fundamentar a prisão preventiva, e ao argumentar, exemplifica:

[...] pensemos na hipótese de exame grafotécnico. Imaginemos que o acusado recuse-se a fornecer material para fins de perícia. Não poderá ser decretada a prisão preventiva neste caso na medida em que o acusado não é obrigado a fornecer este tipo de material.¹³⁶

Por fim, entende-se que a alternativa de assegurar a aplicação da lei penal é buscar evitar que o imputado fuja, colocando em risco a aplicação da pena cominada, uma vez que a impossibilita.¹³⁷

Nesse sentido, Guilherme Madeira Dezem adverte que é necessário indícios concretos da fuga ou da possibilidade desta, assim, ressalta que o fato do acusado ser rico ou possuir dupla nacionalidade, não são fundamentos suficientes para autorizar prisão preventiva.¹³⁸

Ressalta-se que os perigos elencados pelo artigo 312 devem ser atuais, contemporâneos e não passados, distantes ou futuros, ou seja, o juiz deverá observar o disposto no §2º do referido artigo e respeitar o princípio da atualidade do perigo e da provisionalidade (detalhados ao tópico 1.1 deste trabalho).

Assim, conclui Aury Lopes Júnior que:

¹³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 453.

¹³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1516-1518.

¹³⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 32.

¹³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1518.

¹³⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 32.

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.¹³⁹

Enfim, resume Eugênio Pacelli de Oliveira que há três situações em poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a) a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo *autônomo* e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
- b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
- c) em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP).¹⁴⁰

Extrai-se do §1º do artigo 312 do Código de Processo Penal que, em consonância ao artigo 282, §4º do mesmo diploma legal, a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, estas elencadas no artigo 319 do CPP.¹⁴¹

Iniciando-se a terceira etapa de análise definida por Thiago M. Minagé, ou seja, a verificação das hipóteses específicas de cabimento, mencionadas no artigo 313 do Código de Processo Penal¹⁴², nota-se que tal artigo elenca limitações à aplicação da prisão preventiva.

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1522.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 450.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁴² Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se 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;

III - 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; IV - (revogado).

§ 1º 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.

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Nesse sentido, preliminarmente, verifica-se que a cautelar preventiva só poderá ser decretada se o crime for doloso e punível com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Para Aury Lopes Júnior, tal dispositivo busca harmonia com o artigo 44 do Código Penal¹⁴³ e deve ser analisado em conjunto com o artigo 312 do Código de Processo Penal.¹⁴⁴

Renato Brasileiro de Lima atenta que tal dispositivo é pautado no princípio da proporcionalidade, de modo que o juízo deve evitar que o mal infligido ao acusado durante o processo seja superior àquele que o atingiria com a sentença. Assim, a decretação de prisão preventiva quando a eventual pena poderá ao final ser revertida em restritiva de direitos (nos termos do artigo 44 do Código Penal, por exemplo), é desproporcional.¹⁴⁵

Sob tal ótica, igualmente adverte Guilherme Madeira Dezem, "não pode o magistrado trabalhar de maneira cega com o critério da pena máxima em abstrato, devendo sempre cotejar este critério com o critério real da pena projetada para aquele caso em concreto".¹⁴⁶

No mais, o inciso II prevê a possibilidade de decretação nos casos de réu reincidente em crime doloso, o que, para Aury Lopes Júnior, viola a presunção de inocência e não apresenta caráter cautelar, sendo, portanto, inconstitucional tal previsão.¹⁴⁷

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁴³ "Com a Lei n. 9.714/98, a pena privativa de liberdade do réu condenado por crime cometido sem violência ou grave ameaça deve ser substituída por restritiva de direitos. Ora, se o réu, nestes casos, ainda que ao final do processo venha a ser condenado, não será submetido a prisão, como justificar uma prisão cautelar? Como legitimar uma prisão preventiva nos casos em que, ainda que condenado ao final, o réu não será preso?" LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1527.

¹⁴⁴ "Por derradeiro, recordemos que o art. 313 deve sempre ser conjugado com o art. 312, de modo que: • ainda que tenha sido praticado um crime doloso com pena máxima superior a 4 anos, sem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, não há que se falar em prisão preventiva; • mesmo que exista *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* (art. 312), se o caso não se situar nos limites do art. 313, não caberá prisão preventiva." LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1528.

¹⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 930.

¹⁴⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 33.

¹⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1529.

Guilherme Madeira Dezem atenta para a necessidade de se observar o período depurador da reincidência, afinal, ultrapassados 5 (cinco) anos do cumprimento da pena, o delito não pode ser utilizado para critérios de reincidência.¹⁴⁸

Acrescenta Renato Brasileiro de Lima que:

[...] a prisão preventiva poderá ser decretada se o acusado for reincidente em crime doloso, salvo se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação, de acordo com o art. 64, inciso I, da nova Parte Geral do Código Penal, ou ainda, se na condenação anterior o réu tiver sido beneficiado pelo instituto do perdão judicial, hipótese em que a sentença não pode ser considerada para fins de reincidência (CP, art. 120).¹⁴⁹

Além disso, visando dar eficácia a eventual medida protetiva aplicada nos casos de violência doméstica, seja contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou qualquer pessoa com deficiência, o inciso III prevê a prisão preventiva ao imputado por tal conduta.

Para Aury Lopes Júnior, esta possibilidade deve ser analisada de forma sistêmica com o inciso I do artigo 313, CPP, adequando-se apenas aos crimes dolosos, cuja pena é superior a 4 (quatro) anos.¹⁵⁰

Guilherme Madeira Dezem discorda uma vez que considera que os incisos não são cumulativos, assim, pontua que está dispensada qualquer limitação de pena.¹⁵¹

Ademais, o §1º do referido artigo garante a possibilidade de aplicação do instituto nos casos em que se há dúvida acerca da identidade civil do imputado.

Renato Brasileiro de Lima afirma que a prisão preventiva decretada com base no §1º supracitado tem como objetivo assegurar a aplicação da lei penal ou a

¹⁴⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 33.

¹⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 931.

¹⁵⁰ “Como regra, devemos estar diante de um crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos (adequação sistêmica ao inciso I). Pensamos que, quando muito, estando presentes o *fumus commissi delicti* e alguma das situações de *periculum libertatis* do art. 312, e sendo o crime doloso, o inciso em questão somente serviria para reforçar o pedido e a decisão. Mas, para tanto, deve--se analisar ainda qual foi a medida protetiva decretada, para verificar--se a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Do contrário, incabível a prisão preventiva, a nosso juízo.” LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1532.

¹⁵¹ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 33.

conveniência da instrução criminal, evitando-se eventuais erros decorrentes da não individualização do imputado.¹⁵²

Destaca-se o §2º do artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual expressa que a prisão preventiva não pode ser usada como instrumento de antecipação de pena.¹⁵³

Nessa linha, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que qualquer execução provisória da pena anterior ao trânsito em julgado da condenação afronta o princípio da presunção de inocência caso não esteja devidamente pautada em providência cautelar.¹⁵⁴

Por fim, recorda-se que a prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, inclusive em sede recursal, mantendo--se assim até a revogação, substituição ou o trânsito em julgado da sentença, quando, se condenatória, dará lugar à execução da pena,¹⁵⁵

Assim, dispõe o artigo 387 do Código de Processo Penal que a prisão preventiva poderá ser mantida ou imposta pelo juiz ao proferir a sentença condenatória, desde que presentes à necessidade para tanto e demais requisitos já analisados.¹⁵⁶

Para Aury Lopes Júnior¹⁵⁷, a possibilidade de o réu recorrer recluso não ofende o princípio da presunção de inocência, conforme preconiza a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência¹⁵⁸”.

¹⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 935.

¹⁵³ "As funções de prevenção geral e especial e retribuição são exclusivas de uma pena, que supõe um processo judicial válido e uma sentença transitada em julgado. Jamais tais funções podem ser buscadas na via cautelar". LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1552.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021. p. 400.

¹⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1607.

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1611.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 9**. Terceira seção. DJ 06/09/1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula9.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

Por fim, salienta-se que é permitido a concessão antecipada de benefícios prisionais ao preso cautelar.¹⁵⁹ Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima supondo que a sentença condenatória esteja em grau de recurso pela defesa e o acusado preso pela presença dos requisitos do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal, afirma que o princípio da *non reformatio in pejus*¹⁶⁰ garante a incidência de institutos como a progressão de regime, antecipando-se os benefícios da execução penal definitiva¹⁶¹.

Em suma, encerrando-se o estudo das espécies das prisões cautelares, passa-se a analisar a prisão pena, buscando-se especial enfoque na noção de finalidade da pena.

1.2 A PRISÃO PENA

Conforme já visto neste trabalho, a prisão pena é aquela prevista no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 283 do CPP¹⁶² e artigo 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁶³) para ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e consiste na própria execução da pena pela qual o então condenado foi infringido.

Salienta-se ainda que a normativa referente à própria execução da pena está prevista na Lei de Execução Penal (Lei n 7.210, de 11 de julho de 1984¹⁶⁴). Bem como,

¹⁵⁹ “De se ver que a própria Lei de Execução Penal estende seus benefícios aos presos provisórios (Lei nº 7.210/84, art. 2º, parágrafo único), sendo que a detração prevista no art. 42 do Código Penal permite que o tempo de prisão provisória seja descontado do tempo de cumprimento da pena. Nessa linha, de acordo com a **Súmula 716 do STF**, admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A **súmula 717 do STF**, por sua vez, preceitua que não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 918.

¹⁶⁰ “Art. 617. A pena não poderá ser agravada”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 918-919.

¹⁶² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹⁶³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

encontra-se disposições acerca da pena e demais institutos que a corresponde no Código Penal¹⁶⁵ e Código de Processo Penal.

Preliminarmente, por prisão entende-se ser a constrição física absoluta da liberdade de locomoção, seja ela decretada em âmbito cautelar, seja ela decorrente de uma afirmação de uma sentença penal.¹⁶⁶

Por conseguinte, considerando que a sentença penal condena o indivíduo delinquente ao cumprimento de uma pena passa-se a explicitar o próprio conceito de pena, visando, dessa forma compreender de maneira mais aprofundada o importante instituto abordado neste tópico.

Para Cezar Roberto Bitencourt a pena é um meio, assim como o é o próprio Direito Penal, para o Estado facilitar e regulamentar a convivência dos homens na sociedade, ao passo em que se utiliza da pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica.¹⁶⁷

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior relata que pena é a resposta do Estado à violação de um bem juridicamente tutelado.¹⁶⁸

Em consonância, Guilherme de Souza Nucci defende que a noção de pena confunde-se com a conceituação do que é e para que serve o Direito Penal, afinal, este é o braço forte do Estado, cujo objetivo é impor a pena para que o ilícito não volte a se repetir.¹⁶⁹

Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias concorda e afirma que a conceituação da pena está entrelaçada com os seus próprios fins, de modo que então se confunde com aqueles do Direito Penal.¹⁷⁰

Portanto, ao entender que a definição da função e finalidade da pena é essencial à interpretação de seu conceito, à compreensão de sua importância diante da integralidade do ordenamento jurídico, e ainda, para responder quais efeitos a

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

¹⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 5. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2020.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cesar Renato. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p.318.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 7. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 87.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal - parte Geral - vol. 1**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Livro eletrônico. p. 5.

¹⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 44.

sentença condenatória que a define deve objetivar, segue-se breve análise acerca das teorias de justificação da pena.

1.2.1 Aspectos teóricos acerca da função e finalidade da pena

Visando definir qual a função, a motivação e a finalidade das penas¹⁷¹, diversas teorias foram elaboradas ao longo da história, das quais, Cezar Roberto Bitencourt apresenta as três vertentes que considera mais importantes: a) teorias absolutas; b) teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial); e, c) teorias unificadoras ou ecléticas. Ademais, o autor destaca outras teorias, tais como a unificadora dialética de Claus Roxin e a da prevenção geral positiva limitadora da pena.¹⁷²

Nesse sentido, e visando a melhor compreensão do tópico, elenca-se breve conceituação acerca de cada uma delas.

Preliminarmente, tem-se como teorias absolutas (ou retributivas) da pena aquelas cuja origem deu-se em um momento de transição entre o Estado Absolutista da Idade Média e o Estado Liberal, portanto, baseiam-se na teoria política de contrato social. Nesse sentido, visando assegurar a ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis, o indivíduo que a perturbasse violaria o contrato social estabelecido entre sociedade e Estado. Uma vez caracterizado como rebelde, o

¹⁷¹ A pergunta “por que punir?” pode, primeiramente, ser compreendida em dois sentidos diversos: a) por que existe a pena, ou seja, se pune; b) por que deve existir a pena, ou seja, se deve punir. No primeiro sentido, o problema do “porquê” da pena é um problema científico, que admite respostas de caráter empírico formuladas em forma de proposições assertivas verificáveis e falsificáveis, ou, pelo menos, suscetíveis de serem consideradas verdadeiras ou falsas. No segundo sentido o problema é, ao contrário, filosófico, precisamente de filosofia moral ou política, admitindo respostas de caráter ético-político formuladas em forma de proposições normativas, e, enquanto tais, nem verdadeiras nem falsas, mas, apenas e tão somente, aceitáveis ou inaceitáveis como justas ou injustas. O primeiro problema, por seu turno, pode ser compreendido em dois sentidos diversos: aa) por que existe o fenômeno da pena, ou seja, de fato se pune, que constitui um problema histórico ou sociológico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base nos efetivos comportamentos humanos; ab) por que existe o dever jurídico da pena, ou seja, de direito se pune, que constitui um problema jurídico que admite respostas verdadeiras ou falsas, com base naquilo que prescrevem as normas de direito positivo. Será útil, para evitar confusões, utilizar três palavras diversas para designar estes três significados do termo “por que”, correspondentes aos três pontos de vista em torno ao direito, distintos no parágrafo 14.1, quais sejam: a palavra função, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo histórico ou sociológico; a palavra motivação, para indicar-lhe os usos descritivos de tipo jurídico e, por derradeiro, a palavra finalidade, para indicar-lhe os usos normativos de tipo axiológico. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 321.

indivíduo perturbante deveria sofrer uma pena aplicada pelo Estado, a qual, baseada na crença de seu livre arbítrio, tinha como fim realizar a justiça ao compensar a violação do homem com a imposição de um mal, no caso, a pena. Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel são os principais defensores de tais teses, expressando-as em suas obras, *A Metafísica dos Costumes*¹⁷³ e *Princípios da Filosofia do Direito*¹⁷⁴, respectivamente.¹⁷⁵

Ao criticar as teorias absolutas, Luigi Ferrajoli adverte que ao atribuir à sanção penal o fim de retribuir ou reparar o mal causado pelo delito, as teorias retribucionistas deixam sem resposta a questão de por que está justificado castigar, e essa falta de justificação externa da pena permite, como efeito adverso, a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo.¹⁷⁶

Sob a mesma ótica, disserta Jorge de Figueiredo Dias pela recusa das teorias retribucionistas uma vez que as considera infrutíferas na tentativa de legitimar e fundamentar a intervenção estatal através da aplicação da pena.¹⁷⁷

Prosseguindo-se, passa-se a explicitar acerca das teorias relativas ou preventivas da pena.

Tal tese tem como seu mais antigo adepto, Sêneca, o qual afirmou que “nenhuma pessoa responsável é castigada pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar”¹⁷⁸. Nessa lógica, jusnaturalistas e contratualistas do século XVII desenvolveram as teorias relativas, regadas pelo liberalismo e iluminismo. Apesar de manter o caráter da pena como mal necessário, os teóricos relativistas diferenciam-se dos absolutistas, ao passo em que defendem a aplicação da pena baseada na finalidade de inibir a prática de novos delitos.¹⁷⁹

¹⁷³ KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres**, trad. Garcia Morente, 8. ed., Madrid, 1983.

¹⁷⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofía del derecho**, Espanha, 1975.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 329.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1.ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 5.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47-48.

¹⁷⁸ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal**. Barcelona, Bosch, 1984, p. 347.

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 352.

Para Luigi Ferrajoli, essa ideia de prevenção da delinquência é, atualmente, dividida em 4 (quatro) ideologias: a) prevenção geral negativa; b) prevenção geral positiva; c) prevenção especial positiva; e, por fim, d) prevenção especial negativa.¹⁸⁰

Primeiramente, nota-se que a vertente “prevenção geral negativa” é a mais antiga das teorias relativas e é defendida por Jeremias Bentham¹⁸¹, Cesare Beccaria¹⁸², Gaetano Filangieri¹⁸³, Arthur Schopenhauer¹⁸⁴ e Ludwig Feuerbach. Aqui o Direito Penal é visto como solução ao problema da criminalidade e busca-se prevenir a prática de delitos atingindo-se a sociedade como um todo, a partir de duas ideias básicas: intimidação e a ponderação da racionalidade do homem. Assim, a ameaça da pena geraria uma espécie de coação psicológica¹⁸⁵ no indivíduo, o qual, com medo da represália estatal e utilizando-se de seu livre arbítrio para ponderar, concluiria que não lhe seria benéfico a prática do crime em virtude da pena. Por fim, a execução da pena não seria nada além da confirmação da ameaça antes proferida pela lei aos cidadãos.¹⁸⁶

Cezar Roberto Bitencourt critica tal teoria ao afirmar que esta deixou de levar em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente, a sua confiança de que jamais será descoberto. Assim, considera que deixa de prover os efeitos gerais preventivos objetivados, uma vez que o temor à pena não apresenta-se suficiente em impedir a prática do delito.¹⁸⁷

Ademais, tal teoria deixa de definir quais comportamentos o Estado tem legitimidade para coibir¹⁸⁸ e permite que legisladores e magistrados imponham penas mais elevadas do que a própria culpabilidade do imputado, em nome da intimidação social.¹⁸⁹

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 5.

¹⁸¹ BENTHAM, Jeremias. **Teorías de las penas y de las recompensas**. Paris, 1826

¹⁸² "A missão do Direito Penal é prevenir delitos". BECCARIA. **De los delitos y de las penas**. Alianza Editorial: Madrid, 1968. p. 78.

¹⁸³ FILANGIERI. **Ciencia de la legislación**. Tradução espanhola, Madrid, 1822.

¹⁸⁴ RAMIREZ, Bustos; MALARÉE, Hormazábal. **Pena y estado: bases críticas de un nuevo derecho penal**. p. 121

¹⁸⁵ FEUERBACH *apud* PUIG, Mir. **Em Introducción a las bases**. p. 65.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 348.

¹⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 353.

¹⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 354.

¹⁸⁹ SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. trad. Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 19, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 354.

Todavia, Luigi Ferrajoli afirma que a teoria da prevenção geral negativa deixou importante legado, afinal, assegurou o fundamento teórico-racional de, ao menos, três princípios garantistas.¹⁹⁰

Explicitando-se o item “b” da classificação de Luigi Ferrajoli supracitada, ou seja, a prevenção geral positiva, Cezar Roberto Bitencourt afirma que a tentativa de prevenção geral passa a conferir à pena uma finalidade pedagógica, gerando, dessa forma, três efeitos distintos: o efeito de aprendizagem através da motivação sociopedagógica dos membros da sociedade; o efeito de reafirmação da confiança no Direito Penal; e o efeito de pacificação social quando a pena aplicada é vista como solução ao conflito gerado pelo delito.¹⁹¹

Tal teoria encara o delito como uma reprovação ética do ordenamento jurídico, um ato de infidelidade com tal organização. Nesse sentido, a pena seria utilizada como meio de retribuição da culpabilidade, visando reforçar e restabelecer a consciência jurídica comum.¹⁹²

Relata Cezar Roberto Bitencourt que a teoria da prevenção geral positiva em seu caráter originário, foi duramente criticada, uma vez que a sua conceituação para finalidade da pena culminou no regime nazista.¹⁹³

Assim, posteriormente, a prevenção geral positiva ganhou nova roupagem e alcançou dimensões mais amplas com a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

¹⁹⁰ “Em primeiro lugar, mister se diga que o mesmo vale para a fundação dos princípios de estreita legalidade e materialidade dos delitos: se a única função do direito penal é aquela de prevenir delitos, o único modo de persegui-la racionalmente é indicando preventiva e exatamente os tipos penais em sede de ameaça legal, vez que podem ser prevenidas e dissuadidas somente as ações previstas e não também aquelas imprevistas, mesmo se danosas. Em segundo lugar, o mesmo está à base do princípio da materialidade dos delitos. Com efeito, é possível prevenir somente as ações consistentes em comportamentos exteriores, e não os estados de ânimo interiores ou as situações subjetivas, como, v.g., a maldade, a periculosidade, a infidelidade, a imoralidade, a anormalidade psicofísica, ou similares. Em terceiro lugar, o mesmo estrutura o princípio de culpabilidade e de responsabilidade pessoal, vez que as ações passíveis de prevenção por meio da ameaça penal são somente aquelas culpáveis e voluntárias, e não também aquelas inculpáveis em razão de sua involuntariedade, de caso fortuito, de força maior ou, ainda, de ato de terceiros. Consequentemente, dele deriva o valor conferido à certeza do direito, à objetividade e à faturalidade dos pressupostos da pena, à verdade processual enquanto verdade empírica, bem como das garantias da defesa voltadas para impedir a punição dos inocentes em geral”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 22-3.

¹⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 359.

¹⁹² WELZEL. **Derecho Penal alemán**. p. 11, 15 e 327, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 352-353.

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 363.

O Direito Penal passa a ser visto como garantidor da função orientadora das normas jurídicas, estas que visam orientar as relações sociais estabelecendo-se normas de conduta, assim, diante de eventual infração, a pena surge como mensagem à sociedade que a norma permanece vigente.¹⁹⁴

Encerrando-se a análise da prevenção geral, passa-se a conceituar as modalidades de prevenção especial defendidas pela teoria relativa da pena.

Em conformidade com a finalidade da aplicação da pena estabelecida pelos relativistas, a prevenção especial procura evitar a prática do delito, todavia, dirige-se exclusivamente ao delinquente, afinal, passa-se a visão de que este é um perigo social, um anormal que põe em risco a ordem social.¹⁹⁵

Nos termos de Luigi Ferrajoli, a prevenção especial é subdividida em negativa e positiva¹⁹⁶, as quais Cezar Roberto Bitencourt ressalta que não foram apresentadas de forma contraposta, de modo que podem ser igualmente aplicadas visando o fim preventivo, variando-se de acordo com a personalidade do delinquente.¹⁹⁷

Sob tal ótica, o delinquente deve ser tratado de acordo com sua periculosidade, assim, para aquele corrigível aplica-se a prevenção especial positiva, decretando-lhe pena baseada no objetivo de reeducá-lo, enquanto para aquele cujos antecedentes atentatórios à sociedade indicam não ser possível sua ressocialização, aplicar-se-iam medidas de eliminação ou neutralização.¹⁹⁸

A ideologia é criticada por infringir princípios garantistas, entre os quais, destaca Cezar Roberto Bitencourt, o da proporcionalidade entre o delito e a pena. Todavia, o autor afirma que cabem méritos à teoria, uma vez que é possível sustentar "a finalidade de prevenção especial, não como um fim em si mesmo, mas, sim, voltada para a ressocialização do delinquente durante o período de cumprimento da pena".¹⁹⁹

¹⁹⁴ JAKOBS, **Derecho penal, parte general — fundamentos y teoría de la imputación**. Marcial Pons: Madrid, 1995. p. 8-14.

¹⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 374.

¹⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 21,

¹⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 374.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 374.

¹⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 376.

Ressalta-se ainda que atualmente a ressocialização perdeu parte de seu caráter terapêutico²⁰⁰, de modo que, por setor dominante da doutrina, os seus aspectos preventivo-especiais não são encarados como legitimadores da pena, mas sim como delimitadores de sua execução.²⁰¹

Encerrando-se o rol de teorias relativas, tem-se a teoria mista ou unificadora da pena, a qual tenta agrupar as características mais marcantes das teorias absolutas e relativas em uma única teoria.²⁰²

Diante de tal objetivo, esclarece-se que a ideologia defende a dimensionalidade da pena, de modo que critica as demais teorias monistas, e passa a entender que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos da pena.²⁰³

Apesar de reconhecer ser a pena um complexo dos aspectos supracitados, os defensores de tal teoria explicitam que a pena possui apenas um fundamento: o próprio delito.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt manifesta-se:

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade outorgada à justificação externa da pena — por que se pune — sem antes oferecer resposta à questão da sua justificação interna — quando se pune. Com efeito, sob o argumento da prevenção geral negativa, a intimidação através da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, não é capaz de expli-car por que a prática de um delito por um sujeito culpável é condição necessária da pena. Por sua vez, a *teoria da prevenção geral positiva* não é capaz de oferecer uma *justificação da pena* com base em valores que imponham limites tangíveis ao exercício do *ius puniendis* estatal. Tampouco sob o argumento preventivo-especial da pena é possível explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, pois para esta teoria, como já vimos, a pena tem como base não a prática de um fato passado, mas aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo.²⁰⁴

²⁰⁰ SÁNCHEZ, Feijoo. **Retribución y prevención general**. p. 213. *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 376.

²⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 378.

²⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 378.

²⁰³ DE TOLEDO, Emilio Octavio de. **Sobre el concepto de Derecho Penal**, p. 217, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 378.

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 380.

No mais, Mir Puig ressalta que a teoria mista destina ao Direito Penal a função de protetor da sociedade.²⁰⁵

À vista disso, duas grandes correntes de pensamento da teoria mista surgiram, a posição doutrinária conservadora, representada pelo Projeto Oficial do Código Penal Alemão de 1962, defende que tal função protetora deve ser desempenhada tendo por base a retribuição justa, a qual, igualmente deve ser utilizada na fixação da pena, de modo a deixar os fins preventivos como meros complementares. Contrapondo-se à posição conservadora, surge a corrente progressista a qual é representada pelo Projeto Alternativo Alemão, de 1966, e defende a aplicação dos fins preventivos como base da aplicação da pena, ao passo em que afirma ser a defesa da sociedade a fundamentação desta, fixando à aplicação da retribuição justa o papel de limitar as exigências de prevenção, impedindo-as de elevarem a pena para além do merecido pelo fato praticado.²⁰⁶

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt deduz que as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal.²⁰⁷

Posteriormente, visando aprimorar a teoria mista/unificadora da pena, estudiosos passaram a desenvolver ideologias alternativas, nesse sentido, Claus Roxin propõe a teoria unificadora dialética.²⁰⁸

Nesta, defende-se que o fim da pena é distinto daquele estabelecido ao Direito Penal, uma vez que este objetiva a proteção de bens jurídicos e a preservação da ordem social, possuindo o poder/dever de determinar quais são as condutas que podem ser sancionadas pelo Estado. Enquanto, aquela tem por finalidade a prevenção de delitos, o que, para Claus Roxin, é o que permite alcançar a proteção da liberdade individual e do sistema social que justificam as normas penais.²⁰⁹

Diante da finalidade preventiva da pena, a teoria de Claus Roxin defende a aplicabilidade da prevenção geral e especial, visando o equilíbrio entre o fim da

²⁰⁵ PUIG, Mir. **Derecho Penal**, p. 46, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 380.

²⁰⁶ PUIG, Mir. **Derecho Penal**, p. 46, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 380.

²⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 382.

²⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 383.

²⁰⁹ ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 382-383.

ressocialização (sem poder ser forçada ao indivíduo - prevenção especial positiva), o fim de reforço da confiança da sociedade no funcionamento do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva) e, ainda, com o fim intimidatório do cumprimento das normas, ao passo em que alega que com a imposição de penas se demonstra a eficácia das normas penais motivando os cidadãos a não infringi-las (prevenção geral negativa).²¹⁰

Com a finalidade tão facetada, Claus Roxin afirma que quando os diferentes fins indicarem distintas quantidades de pena, a finalidade de prevenção especial positiva, ou seja, de ressocialização, deve prevalecer, uma vez que garante a redução da quantidade de pena, enquanto o caráter punitivo pautado na prevenção geral positiva ou negativa levam a aumentos.²¹¹

Ademais, Cezar Roberto Bitencourt²¹² ressalta que Claus Roxin renuncia a ideia de retribuição da pena tão preconizada pelas teorias absolutas, ao passo em que sustenta que o fim da pena é quem determina a essência dela e, portanto, o fato de que a sanção gera reprovação social não pode ser entendido como mera retribuição ou produção do mal em decorrência do delito, afinal, defende que a “desaprovação de uma conduta pode-se derivar igualmente a con-sequência de que dita desaprovação tende a evitar sua repetição no sentido da influência ressocializadora”.²¹³

Renunciando-se a ideia de retribuição da pena, Cezar Roberto Bitencourt entende que a teoria passa a conferir ao princípio da culpabilidade apenas o papel de limitar o máximo da pena aplicada ao caso concreto, mantendo-se a ideia das teorias unificadoras originais e, dessa forma, preconizando-se que a duração da sanção não pode ultrapassar o grau de culpabilidade do imputado, mesmo que os fins preventivos pugnem por uma pena superior.²¹⁴

Cezar Roberto Bitencourt alega que a teoria erroneamente relativiza a importância do princípio da culpabilidade, afinal, o autor defende que a pena que possibilita cumprir a finalidade preventiva geral, é aquela que é justa, e, portanto,

²¹⁰ ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 382-383.

²¹¹ ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 383-384.

²¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 385.

²¹³ ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 385.

²¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 387.

adequada à culpabilidade, dessa forma, entende ser a culpabilidade o próprio fundamento da pena, uma vez que é ela a responsável por justificar tanto a necessidade quanto a possibilidade da aplicação da prevenção.²¹⁵

Diante da ideologia apresentada por Claus Roxin, Mir Puig²¹⁶ defende que esta alcança três dimensões: a) o legislativo, em que a função da pena se dá por meio da proteção de bens jurídicos, e benefícios públicos essenciais, proteção esta que se dá por meio da prevenção geral; b) na aplicação judicial, em que a confirmação da gravidade abstrata do delito ocorre por meio da aplicação da pena pelo juiz, esta que, contudo, não é limitada, encontrando limites na culpabilidade do autor do delito; e c) no momento da execução da pena, que confirma os propósitos anteriores mas de forma voltada à prevenção especial, ou seja, à ressocialização.

Por fim, dando continuidade ao rol de teorias apresentado e explicitado por Bitencourt, passa-se a breve análise da teoria moderna da prevenção geral positiva limitadora, ressaltando-se, entretanto, a existência de diversas outras atuais teorias de justificação da pena, sendo, todavia, segundo o autor, a ideologia limitadora supracitada a mais adequada à realidade do ordenamento jurídico brasileiro e portanto, a que será abordada neste trabalho.²¹⁷

Por conseguinte, preliminarmente extrai-se da teoria da prevenção geral positiva limitadora que o Direito Penal é visto como uma forma de controle social, caracterizada pela sua formalização.²¹⁸

À vista disso, o Direito Penal formaliza-se através da vinculação com as normas, em especial aos princípios e garantias reconhecidos pela sociedade, elencados como a base democrática do controle social, e, dessa forma, visa limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. Assim, a pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.²¹⁹

²¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 389.

²¹⁶ PUIG, Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. p. 62.

²¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 389.

²¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 391.

²¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 391.

No que concerne a pena, a teoria aqui explicitada entende estar no princípio da culpabilidade a justificação necessária para a repreensão do delito passado e, portanto, pressuposto lógico que fundamenta a finalidade preventiva da pena de inibir delitos futuros ao retribuir a culpabilidade por fato pretérito.²²⁰

Nota-se que a prevenção geral positiva é a finalidade da aplicação da pena, enquanto a ressocialização e a retribuição são instrumentos para sua realização, então definidos apenas como fins secundários.²²¹

Ademais, salienta-se que a busca pela prevenção deve obedecer os limites impostos e formalizados pelo Direito Penal referentes aos direitos do condenado, assim, a pena deve pautar-se nos princípios da proporcionalidade²²², igualdade e humanidade, ao passo em que a prevenção geral apenas pode ser alcançada fundamentando-se e limitando-se a culpabilidade do autor ao fato passado, assim, como parâmetros à fixação da pena devem ser analisados o desvalor do delito praticado e as circunstâncias pessoais do imputado.²²³

Enquanto a prevenção especial, ou seja, o fim da ressocialização, será o responsável por estabelecer a diversificação do tipo de pena a ser aplicada, tendo o poder de diminuir a sanção em relação aos padrões fixados pela proporcionalidade aplicada ao fim preventivo geral.²²⁴

Explicitado as diversas teorias que buscam determinar a função e finalidade da pena, e, portanto, qual a justificação e caminho a ser adotado pelo Direito Penal e Direito Processual Penal para enfim alcançar tais fins, passa-se a breve estudo acerca de qual a finalidade da pena prevista na legislação brasileira.

²²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 393.

²²¹ HASSEMER. **Los fines de la pena**, p. 137, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 391.

²²² PUIG, Mir. **Derecho Penal: parte general**. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006. p. 82-83

²²³ SÁNCHEZ, Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, p. 412-418, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 396.

²²⁴ SÁNCHEZ, Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, p. 412-418, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 399.

1.2.2 A teoria da justificação da pena aplicada no Brasil

Discorrido sobre as inúmeras teorias elaboradas visando justificar a aplicação da pena, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o artigo 59 do Código Penal determina que a pena deve ser a necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, observadas as circunstâncias que estabelece.²²⁵

Nesse sentido, concorda Guilherme de Souza Nucci ao entender que a pena possui caráter multifacetado.²²⁶

O autor esclarece que o atual sistema normativo brasileiro igualmente prevê tal caráter multifacetado, uma vez que dispõe sobre todas as características expostas em sentido amplo (castigo, intimidação, reafirmação do direito penal e ressocialização).

Por conseguinte, elenca que o artigo 59 do Código Penal define que o juiz deverá fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, além disso, ressalta que o artigo 121, §5º do mesmo diploma legal também evidencia o caráter punitivo da pena, ao passo em que permite o perdão judicial quando as consequências de a infração atingirem o próprio indivíduo de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

Ademais, nota-se que o caráter preventivo especial positivo da pena está previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984²²⁷), uma vez que seu artigo 10, *caput*, em consonância com o artigo 22 do mesmo diploma legal, define como dever do Estado a assistência ao preso e ao internado, visando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Sob tal ótica, ressalta-se o entendimento de Airto Chaves Junior, o qual defende que a teoria da prevenção especial positiva é a definida pelo ordenamento brasileiro, uma vez que o artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) manifesta o intuito de ressocialização do imputado.²²⁸

²²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 667.

²²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal - parte geral - vol. 1**. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Acesso em: 22 mar. 2022. p. 561.

²²⁷ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

²²⁸ CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. Livro eletrônico. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018. p. 158-162.

Por fim, Guilherme de Souza Nucci dá destaque ao disposto no art. 5.º, 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

E, portanto, conclui-se que é “impossível, então, desconsiderar o multifacetado aspecto da sanção penal: retribuição e prevenção (geral e especial; positiva e negativa).”²²⁹

Em suma, de acordo com os conceitos elencados ao tópico 1.2.1, e aos entendimentos aqui apresentados, entende-se ser possível enquadrar a normativa legal brasileira sob a ótica da teoria mista ou unificadora da pena.

1.3 BREVE ANÁLISE ACERCA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição da República Federativa de 1988 definiu²³⁰, em consonância às Constituições de 1946, 1967 e 1969, bem como, ao Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938, que a vida é o bem jurídico mais valioso do Direito brasileiro, ao passo em que assegurou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, garantidos a plenitude de defesa, o sigilo da votação e a soberania do veredicto popular.²³¹

A disciplina legal do Tribunal do Júri está prevista nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal.²³²

Salienta-se, ainda, que o artigo 74, §1º do Código de Processo Penal também determina que os crimes dolosos contra a vida são de competência do Tribunal do Júri.²³³

²²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal - parte geral - vol. 1**. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993658. Acesso em: 22 mar. 2022. p. 562.

²³⁰ Art. 5º [...] XXXVIII - 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 o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²³¹ MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²³³ “Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e

Para Renato Brasileiro de Lima, o Júri é entendido e defendido pela Constituição Federal como “uma garantia de defesa do cidadão contra as arbitrariedades dos representantes do poder, ao permitir a ele ser julgado por seus pares”.²³⁴

Ademais, o autor afirma que o Tribunal do Júri é importante instrumento de democracia, permitindo-se que o povo participe também do Poder Judiciário, assim como já o faz nos Poderes Legislativo e Executivo.²³⁵

Jose Antonio Dias Toffoli e André Nogueira concordam ao afirmar que a Constituição garantiu ao povo, na posição de primeiro e último detentor do poder nos regimes democráticos, o poder de julgar tais crimes diante da tamanha gravidade destes, uma vez que vulneram o sustentáculo de toda a estrutura constitucional.²³⁶

Renato Brasileiro conceitua o Tribunal do Júri como:

[...] um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem a competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos.²³⁷

Nota-se que a Constituição da República Federativa do Brasil além de definir a competência para o Tribunal do Júri, também assegurou ao procedimento deste a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, dessa forma, passa-se a analisar, brevemente, cada uma das elencadas garantias, ao passo em que se entende que a compreensão destas torna ainda mais clara a função e importância social do Júri.

127 do Código Penal, consumados ou tentados”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1239.

²³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1239

²³⁶ MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1238-1239.

Por conseguinte, por plenitude de defesa entende-se ser a garantia ao acusado de utilizar-se ao máximo e irrestritamente de seu direito de defesa²³⁸, de forma ainda mais completa do que a ampla defesa²³⁹ permite ao acusado em geral.²⁴⁰

Considerando que as decisões no Tribunal do Júri são tomadas pela íntima convicção dos jurados que formam o Conselho de Sentença, pessoas leigas, sem qualquer fundamentação, prevalecendo-se a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, Guilherme de Souza Nucci defende ser inerente ao procedimento do Júri que a defesa possa atuar de modo completo e perfeito, respeitando-se os limites impostos pela natureza humana.²⁴¹

No que concerne ao sigilo das votações, nota-se que se trata de exceção à regra geral da publicidade, disposta no art. 93, IX, da Constituição, justificável ao passo em que objetiva a independência do corpo de jurados na formação de sua convicção²⁴²²⁴³, ou seja, que sejam preservados de qualquer influência ou eventual represália futura decorrente de suas respostas à quesitação²⁴⁴.

Tal garantia está devidamente assegurada no procedimento do Júri, ao passo que o artigo 485, *caput*, do Código de Processo Penal, prevê a existência de “sala especial”²⁴⁵ para proceder-se a votação e ainda, uma vez que o artigo art. 487 do

²³⁸ MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²³⁹ “Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 866.

²⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 867.

²⁴² MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁴³ “Os atos do Poder Judiciário podem ser praticados em regime de publicidade restrita, nas hipóteses revistas em lei (CF, art. 93, *caput*, IX, parte final), situação em que os atos serão acessíveis apenas às partes e seus advogados, ou somente a estes. Na denominada “sala secreta”, estão presentes, além dos jurados, o juiz, o promotor e o advogado do acusado. Não há, portanto, ato secreto, mas ato sujeito à publicidade restrita, o que é plenamente compatível com o regime constitucional.” BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 29.

²⁴⁴ NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 29.

²⁴⁵ Há doutrinadores contrários, cita-se Lenio Luiz Streck, o qual afirma que “sem dúvida, para maior participação popular e pela democratização da instituição, urge que se dê maior transparência ao Tribunal do Júri, abolindo-se a chamada sala secreta (...). A Constituição determinou que se mantenha o sigilo das votações (...) e não o sigilo na votação. A diferença é significativa, pois sigilo das votações é equivalente a voto secreto, e sigilo na votação corresponde à sessão secreta; e estas

mesmo diploma legal, define que, para assegurar o sigilo do voto, o oficial de justiça recolherá em urnas separadas as cédulas correspondentes aos votos e as não utilizadas.²⁴⁶

Por fim, esclarece-se que a garantia da soberania dos veredictos é o que assegura o poder jurisdicional do corpo de jurados²⁴⁷, ao passo em que defende ser os jurados a última voz que decidirá sobre o caso, impedindo que tal decisão seja passível de rejeição por qualquer magistrado togado²⁴⁸.

Todavia, salienta-se que apesar de soberana, tal decisão não é absoluta, diante da possibilidade de impetração de recurso de apelação, *vide* artigo 593, III do Código de Processo Penal.²⁴⁹

Ressalta-se que a garantia da soberania dos veredictos será novamente explorada no Capítulo 2 e 3 deste trabalho.

No mais, passa-se ao estudo das prisões previstas no âmbito do Tribunal do Júri, seus momentos e requisitos.

1.3.1 A prisão no Tribunal do Júri

Conforme extrai-se do tópico supra, o procedimento do Tribunal do Júri está previsto nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal²⁵⁰ e segundo explicam

(...) a Constituição vedou no inciso LX do mesmo artigo 5º.” STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 29.

²⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁴⁷ MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p. 867.

²⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

Gustavo Henrique Badaró²⁵¹ e Aury Lopes Júnior²⁵², é dividido em duas fases: instrução preliminar e julgamento em plenário.

À vista disso, Gustavo Henrique Badaró resume esquematicamente o procedimento do Júri:

(1) oferecimento da denúncia ou queixa; (2) juízo de admissibilidade da acusação; (3) recebimento da denúncia ou queixa; (4) citação; (5) resposta escrita; (6) réplica; (7) possibilidade de absolvição sumária (CPP, art. 397); (8) audiência de instrução e julgamento.

Na audiência de instrução e julgamento, ocorrerá:

(8.1) oitiva da vítima, se possível; (8.2) oitiva das testemunhas de acusação; (8.3) oitiva das testemunhas de defesa; (8.4) eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimento de pessoas ou coisas; (8.5) interrogatório; (8.6); debates orais; (8.7) pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Em caso de pronúncia, após tal decisão, inicia-se a segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, denominada juízo da causa (*judicium causae*):

(1) requerimento de diligências da acusação; (2) requerimento de diligências da defesa; (3) preparação do processo; (4) sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri²⁵³.

Por conseguinte, preliminarmente, verifica-se que nada impede a aplicação do instituto das prisões cautelares supra estudadas, no âmbito do Tribunal do Júri, sendo, portanto, possível decretar a prisão temporária enquanto ainda na fase de investigação preliminar, e a prisão preventiva durante todo o curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível e na fase recursal, desde que observados os requisitos pormenorizadamente abordados ao tópico 1.1 e seguintes deste trabalho²⁵⁴.

Nesse sentido, o artigo 413 do Código de Processo Penal define que no momento da decisão de pronúncia²⁵⁵, o juiz decidirá, motivadamente, acerca da

²⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 27.

²⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1907.

²⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 27.

²⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1502.

²⁵⁵ A pronúncia é uma decisão interlocutória, de cunho processual, que considera viável a acusação e determina que o acusado seja submetido a julgamento pelo júri popular. Aliás, a atual redação do art. 420, caput, do CPP, expressamente se refere à “decisão de pronúncia”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 39.

manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, enquanto tratando-se de acusado solto, decidirá sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código (artigo 282 e seguintes)²⁵⁶²⁵⁷.

Manifestando-se, Aury Lopes Júnior defende que o magistrado apenas poderá determinar a prisão preventiva do réu ou mantê-lo preso caso houver necessidade e estiverem preenchidos os requisitos legais, assim, afirma que a decisão dependerá da existência ou não do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.²⁵⁸

Por fim, quando concluída a votação pelos jurados e dessa forma, elaborado o veredicto destes quanto ao fato e à autoria, o juiz-presidente do Júri se pronunciará (sem obrigação de fundamentação, devendo reportar-se apenas à conclusão dos jurados)²⁵⁹, absolvendo ou condenando o imputado.²⁶⁰

Em caso de condenação, o juiz-presidente fixará a pena.

Bem como, em consonância ao artigo 387, §1º do Código de Processo Penal, mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva²⁶¹.

Ademais, em razão de alteração conferida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019²⁶², no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, o juiz deverá determinar a execução provisória das penas,

²⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁵⁷ “A Lei nº 11.689/08 (referente ao novo procedimento do júri) afastou a prisão automática do antigo art. 408, §§2º e 3º, passando a dispor em seu art. 413, §3º, que o juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código.” LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 844.

²⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1613.

²⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71.

²⁶⁰ Art. 492. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁶¹ Art. 492, I, “e”, primeira parte. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁶² BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoamento a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 20 de mar. 2022.

com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos²⁶³.

Exceptuando-se tal condição quando houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal, ao qual compete o julgamento, possa plausivelmente levar à revisão da condenação²⁶⁴.

Gustavo Henrique Badaró, assim como Aury Lopes Júnior²⁶⁵, Cezar Roberto Bitencourt²⁶⁶, Soraia da Rosa Mendes²⁶⁷, Eugênio Pacelli de Oliveira²⁶⁸, Guilherme de Souza Nucci²⁶⁹ (e demais principalmente citados no último capítulo desta monografia) é contrário a alteração imposta pela Lei nº 13.964/2019, uma vez que considera o dispositivo 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” (CRFB, art. 5º, caput, LVI)²⁷⁰.

Ressalta-se que nos próximos capítulos deste trabalho discutir-se-á a inconstitucionalidade do dispositivo.

²⁶³ Art. 492, I, “e”, segunda parte. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁶⁴ Art. 492, §3º. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1377.

²⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 170.

²⁶⁷ MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2020. p. 93.

²⁶⁸ Pacelli, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2021. p. 606.

²⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 66.

²⁷⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 71.

CAPÍTULO 2

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Não obstante o explicitado no capítulo supra quanto às possibilidades de prisão previstas no ordenamento jurídico/legal brasileiro, ainda há, especialmente no campo jurisprudencial, divergências acerca da admissibilidade da segregação anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desprovida de caráter cautelar ou de flagrante, cujo objetivo é, apenas, a execução da pena imposta pelo juízo de segunda instância ou então, pelo Conselho de Sentença, no âmbito do Tribunal do Júri.

Como principal palco de tais discussões e diversas interpretações que atingiram e atingem o âmbito doutrinário, o Supremo Tribunal Federal (STF) divergiu em inúmeras oportunidades acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena diante do texto constitucional, por vezes fixando-se a constitucionalidade da modalidade e em outras, manifestando-se por sua expressa inconstitucionalidade.

Visando-se a análise pormenorizada do tema, bem como, dos argumentos e divergências que o compreendem, com especial enfoque ao entendimento mais recente da Corte, passa-se, neste tópico, a elencar em ordem cronológica o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A análise da compatibilidade da execução provisória de decisão penal condenatória proferida em 2ª instância com o princípio da presunção de inocência foi realizada pela primeira vez em 29 de março de 1989, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 67.245/MG²⁷¹.

Sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho, em análise a caso concreto a Turma decidiu por unanimidade de votos que, caso acórdão no âmbito da justiça de segundo grau confirmasse a sentença condenatória de primeiro, ao paciente não caberia permanecer solto aguardando julgamento de recurso extraordinário, uma vez que tal recurso não possui efeito suspensivo, nos moldes do artigo 637 do Código de

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 67.245/MG**, Relator: Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

Processo Penal, não podendo, portanto, ser amparado pelo disposto no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷² (no período, nomeada como “Nova Constituição Federal”).

Após, pela primeira vez em Plenário, em 28 de junho de 1991, a Corte discorreu sobre a matéria quando da decisão do HC 68.726/DF²⁷³, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, e novamente com unanimidade, entendeu “não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena: “Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu.”

O entendimento do Supremo Tribunal Federal manteve-se alinhado à compatibilidade da execução provisória da pena (após sentença de segunda instância) até o HC 84.078²⁷⁴, relatado pelo Ministro Eros Grau, em 5 de fevereiro de 2009.

Sob tal julgamento, foi analisado o caso concreto de paciente/réu condenado pelo Tribunal do Júri pela prática de homicídio privilegiado, cujo acórdão confirmou a condenação de primeiro grau, de modo que o réu interpôs recurso especial e extraordinário²⁷⁵.

Nesse sentido, definiu-se a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, ao passo que a maioria do Tribunal, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, decidiu que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ocorrer sob o caráter cautelar, afinal, compreenderam ser a antecipação da pena incompatível com o texto da

²⁷² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68.726/DF**, Relator: Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20/11/1992. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151530/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 25/02/2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 25/02/2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

Constituição (artigo 1º, III, e artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil) e, conseqüentemente, com o Estado Democrático, uma vez que os direitos dos criminosos não podem ser postos em cheque visando promover a comodidade dos Tribunais Superiores, os quais protestam a eventual inundação por recursos especiais e extraordinários e subsequente agravos e embargos resultantes da prisão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Da conclusão, extrai-se ainda que o princípio da ampla defesa deve englobar todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, visando manter-se o equilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Assim, determinaram a incompatibilidade da autorização do artigo 637 do Código de Processo Penal no que se refere à antecipação da pena, frente aos artigos 5º, inciso LVII e 1º, inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil. Ademais, fundamentaram a derrogação do supracitado dispositivo processual, uma vez que a Lei de Execução Penal, mais recente e específica que o Código de Processo Penal, adequou-se a ordem constitucional ao prever em seus artigos 105 e 147 a condição do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena privativa de liberdade e da restritiva de direitos, respectivamente.

Em 17 de fevereiro de 2016, o Tribunal Pleno foi reunido para o julgamento do HC 126.292/SP²⁷⁶, quando então, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, entendeu-se por retornar ao entendimento fixado em 1989²⁷⁷, admitindo-se a possibilidade da execução antecipada da pena, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Apesar de fixado o supra entendimento em sede de Tribunal Pleno, o Ministro Celso de Mello no HC 135.100/MG²⁷⁸ determinou que o HC 126.292/SP não possuía eficácia vinculante e suspendeu prisão após decisão recorrível, fundamentando que por previsão constitucional, a prisão anterior ao trânsito em julgado viola a liberdade garantida pela presunção de inocência.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 16/05/2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 67.245/MG**, Relator: Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135.100/MG**, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2017, DJ 08/06/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho836851/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

Em igual sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu a liminar no bojo do HC 135.752/PB²⁷⁹.

Diante de tais insistentes divergências, a Corte selou a consolidação do tema sob a sistemática da repercussão geral (ARE 964246 RG²⁸⁰), fixando-se, portanto, o Tema 925 e dessa forma, vinculando-se o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal²⁸¹.

Salienta-se que os Ministros Celso de Mello, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski restaram vencidos.

Em sede do ARE 964246 RG, o Ministro Teori Zavascki elencou os argumentos que fundamentaram o HC 126.292/SP, os quais foram então, reiterados pela maioria da Corte:

O que se afirmou, quando do julgamento do HC 126.292, foi que a presunção de inocência, encampada pelo art. 5º, LVII, é uma garantia de sentido processualmente dinâmico, cuja intensidade deve ser avaliada segundo o âmbito de impugnação próprio a cada etapa recursal, em especial quando tomadas em consideração as características próprias da participação dos Tribunais Superiores na formação da culpa, que são sobretudo duas: (a) a impossibilidade da revisão de fatos e provas; e (b) a possibilidade da tutela de constrangimentos ilegais por outros meios processuais mais eficazes, nomeadamente mediante habeas corpus. [...] Foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do habeas corpus e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena. A dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema de justiça criminal do país. Se de um lado a presunção de inocência juntamente com as demais garantias de defesa devem viabilizar ampla disponibilidade de meios e oportunidades para que o acusado possa intervir no processo crime em detrimento da imputação contra si formulada, de outro, ela não pode esvaziar o sentido público de justiça que

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135.752/PB**, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma julgado em 06/12/2016, DJ 03/03/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363921/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246 RG/SP**, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma julgado em 10/11/2016, DJ 24/11/2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016)

²⁸¹ Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.

o processo penal deve ser minimamente capaz de prover para garantir a sua finalidade última, de pacificação social²⁸².

Após a consolidação supra mencionada, cita-se o HC 118.770/SP²⁸³, relatado pelo Ministro Roberto Barroso e o HC 152.752/PR²⁸⁴, relatado pelo Ministro Edson Fachin, os quais reafirmaram a possibilidade da execução provisória da pena, tendo o primeiro versado acerca da problemática no âmbito do Tribunal do Júri, especificidade esta que será melhor abordada no tópico seguinte.

O tema foi novamente analisado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 7 de novembro de 2019, quando do julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43²⁸⁵, 44²⁸⁶ e 54²⁸⁷, as quais questionaram a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal²⁸⁸ diante do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal quando do HC 126.292/SP.

Iniciando-se o julgamento, o Ministro Marco Aurélio, na condição de relator, apresentou o relatório e posteriormente, discorreu acerca de seu voto, no qual, preliminarmente, ressaltou a indissociabilidade entre sanção e culpa, argumentando que aquela somente é possível (e legítima) com a constatação desta, certeza esta que a Constituição da República Federativa do Brasil previu em seu artigo 5º, inciso LVII, com literalidade, como sendo o trânsito em julgado da sentença condenatória²⁸⁹

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 16/05/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 118.770/SP**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma julgado em 07/03/2017, DJ 24/04/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366485/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, DJ 26/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 6 abr. 2022

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 54**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2019, DJ 06/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur403021/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁸ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

Sob tal ótica, o Ministro Gilmar Mendes posicionou-se:

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 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória²⁹⁰.

O Ministro Marco Aurélio acrescentou ainda que o próprio princípio da não culpabilidade assegura tal ordem natural das coisas que direciona a apurar, para selada a culpa, prender. Salienta-se que tal ordem apenas abarca uma exceção: as prisões cautelares, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal; mas, o Ministro adverte que tal possibilidade deve ser estudada com seriedade ao direito de ir e vir dos cidadãos²⁹¹.

O Senhor Ministro Marco Aurélio ainda indignou-se ao afirmar que a garantia da não culpabilidade é cláusula pétrea da Lei Maior e, portanto, não comporta questionamentos, não podendo ser alterada nem mesmo pelo poder constituinte.

Em igual sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski posicionou-se em seu posterior pronunciamento, ao afirmar que por mais que a mutação constitucional possa ocorrer, mediante a alteração de interpretação ou do desuso da norma em razão de sua não correspondência com a realidade, os valores fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil não podem ser vulnerados, dessa forma, sendo a presunção de inocência direito e garantia individual, possui característica de cláusula pétrea (artigo 60, §4º da Constituição) e, portanto, não pode ser violada por eventual mutação. Além disso, o Ministro definiu o artigo 5º, inciso LVII

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 151.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 15.

da Lei Maior, como claríssimo, jamais podendo ser flexionado em *malam partem* ao réu.²⁹²

Em consonante ótica, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a Constituição estabelece nítidos limites à persecução punitiva estatal, dentre os quais se destaca a determinação inequívoca do seu artigo 5º, inciso LVII, no sentido de que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.²⁹³

Ademais, o supracitado Ministro explicitou que a antecipação da pena é inconciliável com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Lei de Execução Penal impõe como pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado, *vide* artigos 105 e 147 da LEP. Além disso, destacou que nem mesmo a pena de multa pode ser aplicada antes do trânsito em julgado, conforme expressamente determina o artigo 50 do Código Penal. Enfim, acrescentou que o Código de Processo Penal Militar também preceitua que a sentença em julgado (artigos 592, 594 e 604 do CPPM).²⁹⁴

Por fim, o Ministro Marco Aurélio defendeu 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, portanto, julgando-se procedentes os pedidos das ações declaratórias de nº 43, 44 e 54, assentando-se a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.²⁹⁵

Na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes defendeu que o artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil deve ser analisado a partir da finalidade e extensão da condicionante “trânsito em julgado” e ainda, em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, da ampla

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 127.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 198.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 204-205.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 19.

defesa e contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.²⁹⁶

Nesse sentido, afirmou que ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau, proferida com observância ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e respeitando-se as exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência, tornaria sem eficácia alguma o princípio da efetiva tutela jurisdicional.²⁹⁷

Ademais, ressaltou que uma vez que a decisão de segundo grau é fundamentada e esgota a possibilidade de análise probatória do feito, de modo que afasta a não culpabilidade do réu, não há óbices para o início da execução da pena²⁹⁸. Por fim, julgou parcialmente procedente as ADCs nº 43, 44 e 54, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 283 do Código de Processo Penal, de maneira a se admitir o início da execução da pena, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, após decisão condenatória proferida em segundo grau de jurisdição.²⁹⁹

Em sua manifestação, Gilmar Mendes ao citar Heloisa Estellita³⁰⁰, adota o pensamento da autora e argumenta que a formação da culpa exige a conclusão da tipicidade, ilicitude e culpabilidade do acusado sob análise daquele caso concreto, dessa forma, enquanto tais pressupostos ainda estejam em discussão, independentemente de análise fática probatória, de efeito suspensivo ou não, a pena não poderá ser aplicada.³⁰¹

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 29.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 30.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 31.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 32.

³⁰⁰ ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 2018. p. 721-722. Disponível em: <https://www.readcube.com/articles/10.22197%2Frbdpp.v4i2.141>. Acesso em: 07 abr. 2022.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 156.

Sustentando a tese de que a execução de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o Ministro Edson Fachin, ao citar trechos da obra de Hélio Tornaghi, afirma que presumir a inocência do réu é uma medida um tanto exagerada de proteção ao criminoso, bastando “admitir que ele pode ser ou, pelo menos, pode ser menos culpado do que se supõe ou de que diz o acusador e deve ser resguardado contra o excesso injusto”³⁰². Dessa forma, defende que respeitando-se todas as garantias da liberdade de plena e completa defesa durante o processo, a presunção de inocência e o princípio da não culpabilidade seriam observados, assegurando-se ao réu a proteção necessária à eventual prepotência ou rigor demasiado do poder punitivo estatal.³⁰³

Fundamenta seu voto a partir da análise do direito internacional, especificamente, aos tratados de proteção dos direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (Pacto de São José da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por exemplo) e ainda, às interpretações dos órgãos responsáveis pelo estudo de tais tratados (Comitê de Direitos Humanos, Corte Interamericana e Corte Europeia), de modo a concluir que dentre os direitos formais que caracterizam a presunção de inocência, tais normativas internacionais não preveem a impossibilidade de prisão do réu até o trânsito em julgado da decisão condenatória, assim, a presunção de inocência deve ser encarada e aplicada nas formas de tratamento do acusado ao longo do processo.³⁰⁴

³⁰² TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 188-189.

³⁰³ “O verdadeiro conceito que se deve aceitar e defender é este: ninguém pode ser tido por culpado enquanto não condenado por sentença irrevogável; por essa razão o acusado, durante o processo, deve gozar de todas as garantias da liberdade de plena e completa defesa; não deve ser oprimido (angariato, submetido a vexames), torturado, submetido a tormentos morais, para se lhe extorquir a confissão; não deve ser impedido de fazer valer todas as provas necessárias a fim de demonstrar a insubsistência das acusações que lhe são feitas; essas lhe devem ser manifestadas com exatidão e solicitude; da mesma forma, deve ele conhecer as provas em seu desfavor; também sua liberdade pessoal deve ser limitada o mínimo possível, ou seja, apenas na medida estritamente necessária para que a justiça não seja defraudada em seus legítimos intentos e jamais com a finalidade ou com o efeito de impedir o acusado de provar, se puder, a própria inocência. Essas são verdades dogmáticas que nenhum jurista pode pôr em dúvida; mas uma coisa é afirmar que não se deve tratar o acusado como culpado e outra é dizer que lhe deve presumir a inocência. É evidente o exagero da segunda fórmula, na qual se subverte o conceito da primeira”. FRANCHI, Bruno, *Nuovo Codice di Procedura Penale*, p. 179180, *apud* TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 189.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 157.

Nota-se que a Ministra Rosa Weber faz igual consulta ao direito internacional e conclui que tais legislações alienígenas definem que sendo a norma nacional mais benéfica ao réu, não é função da internacional limitá-la. Nesse sentido, a primazia da norma mais favorável foi positivada no Artigo 29, “b”, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).³⁰⁵

Em igual antagonismo ao posicionamento do Ministro Edson Fachin, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski recordou que o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagrou o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais.³⁰⁶

Ademais, o Ministro Edson Fachin ressaltou que a presunção de inocência é um padrão de avaliação probatória e garante, portanto, que o juízo presumirá inocente o réu até que as provas do feito apontem, para além da dúvida razoável, ser procedente a imputação formulada pela acusação. Nesse sentido, o Ministro define que “se a prova não está em jogo, a presunção de inocência não está sendo desafiada”³⁰⁷.

Posteriormente, a Ministra Rosa Weber, em seu voto contraria o supracitado Ministro:

O argumento de que a comprovação da culpa seria operação lógico- jurídica a se esgotar no âmbito da apreciação da prova, da conformação da conduta ao tipo, não se sustém. Sempre que a hipótese normativa construída pelo julgador para subsumir, no caso concreto, o quadro fático – este sabidamente inalterável em sede extraordinária – for, ela mesma, antijurídica, ou se maculado de vício o processo de formação da culpa, a questão será sim suscetível de se apresentar em sede extraordinária³⁰⁸.

Em sua manifestação, o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se no sentido de interpretar o texto constitucional nos termos do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, assim, resumiu que o Plenário deve decidir

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 90.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 127.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 42.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 90.

com atenção aos fins sociais e ao bem comum se o réu já condenado por acórdão “tem o direito de procrastinar indefinidamente o processo - sabendo-se que o percentual de mudança, lá no final, é mínimo, como vamos ver em seguida - ou se o interesse social, na prevenção geral do Direito Penal em que o crime não compensa, deve prevalecer nesses casos”.³⁰⁹

Sob tal ótica, concordou o Ministro Luiz Fux em sua manifestação, ao passo em que concluiu que uma análise puramente formalista e divorciada da realidade social anulará a força normativa do sistema jurídico. No que concerne ao momento social, ressaltou a problemática da impunidade, uma vez que a “teia de recursos” permite retardar a prestação jurisdicional, elevando-se o risco da prescrição e promovendo o sentimento social de que o sistema judiciário trabalha com descaso à elevada criminalidade³¹⁰.

Nesse ponto, o Senhor Ministro Luiz Fux indignou-se:

[...] é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP (LGL\1940\2)). Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal³¹¹.

Em consonância, a Ministra Cármen Lúcia salientou que a incerteza da aplicação da pena, gera apenas o sentimento social de certeza da impunidade e ressalta que além de abrigar os direitos daqueles que erraram, a Constituição Federativa do Brasil também assegura daqueles que são vítimas e renunciaram a vingança em nome da prestação da justiça pelo Estado³¹². Assim, finaliza que o artigo 283 do Código de Processo Penal deve ser interpretado de forma a assegurar a

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 49.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 118.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 114.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 138.

eficácia do sistema penal, permitindo-se, portanto, a prisão decorrente da condenação em segunda instância³¹³.

Ao contrariar tal posicionamento, o Ministro Ricardo Lewandowski questionou a ausência de tamanha ênfase na defesa do combate a outros problemas igualmente graves, como o crescimento da exclusão social, o avanço do desemprego, o sucateamento da saúde pública e o esfacelamento da educação estatal, cuja solução, no olhar do Ministro “contribuiria sobremaneira para a erradicação das condutas ilícitas, especialmente aquelas praticadas pelas classes economicamente menos favorecidas”³¹⁴.

Além, o Ministro Celso de Mello apresenta entendimento convergente e adverte³¹⁵, ao passo em que cita Jorge de Figueiredo Dias:

[...] é de resto um facto amplamente comprovado nos países mais dados a estudos de sociologia processual penal [...] que sempre que, através de campanhas de ‘luta contra o crime’ e de ‘manutenção da ordem’ ‘a todo o custo’, levadas a cabo por entidades oficiais e secundadas pelos meios de informação, se abala a presunção de inocência do acusado até à condenação, o efeito necessário é a permissão de um sistema informal de ‘justiça penal sem julgamento’ onde, é claro, sofrem irreparável dano as liberdades e garantias do cidadão. Por isso não apresenta qualquer dúvida para mim que aquela ‘presunção’ pertence aos princípios fundamentais de qualquer processo penal em um Estado-de-direito [...].³¹⁶

No mais, o Ministro Luís Roberto Barroso elencou ainda três impactos negativos que a mudança de jurisprudência de 2009 acarretou³¹⁷: a infundável interposição de recursos protelatórios que, por muitas vezes, levava a prescrição do poder punitivo estatal; bem como, o reforço da seletividade do sistema, uma vez que

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 143.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 125.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 127.

³¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória**.

1987, p. 185, *apud* SILVÉRIO, Diana Henriques Marques. **O silêncio como garantia de direitos fundamentais das vítimas e dos arguidos no processo penal português**. Dissertação (Mestrado em Direito). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. Disponível em:

<https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/216/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Diana%20Silv%C3%A9rio.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 25/02/2010. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

apenas aqueles abastados financeiramente possuem condições de arcar com recursos infundáveis, de modo que a garantia da prisão apenas após o trânsito em julgado, somente beneficiou os mais ricos; e, por fim, o mais absoluto descrédito ao sistema judiciário, diante da demora na punição, quando não, da prescrição desta³¹⁸.

Contrária a tal ótica, a Ministra Rosa Weber afirmou que a exigência de uma justiça penal efetiva e célere não pode ser atendida suprimindo-se garantias fundamentais ao acusado e sim, aperfeiçoando-se a legislação penal existente³¹⁹.

Nesse sentido, o Ministro Dias Toffoli mencionou que nos casos de não admissão dos recursos especial e extraordinário, na origem, no Supremo ou no STF, a jurisprudência majoritária da Corte não impede o trânsito em julgado ficto visando a suspensão da prescrição. Assim, o Ministro concluiu que “o sistema processual penal endossado pela jurisprudência desta Corte dispõe de mecanismos hábeis para obstar o uso abusivo ou protelatório de recursos criminais por parte da defesa”³²⁰.

Não obstante, o Ministro Luís Roberto Barroso elaborou três teses acerca do tema, sendo a primeira destas baseada na argumentação de que não é o artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil que cuida sobre a prisão no ordenamento jurídico brasileiro, e sim, o inciso LXI³²¹ do mesmo artigo supracitado, o qual define como requisito à segregação, a decisão fundamentada da autoridade judiciária competente³²², “tanto assim é que o sistema admite as prisões processuais, preventiva e temporária, e admite prisão para fins de extradição, expulsão e deportação. Todas elas sem que se exija trânsito em julgado. Muitas delas sem que se exija sequer decisão de primeiro grau”.

³¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 54.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 92.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 225.

³²¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator:

Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 56.

Aqui, ressalta-se que a Ministra Rosa Weber em seu voto³²³, discordou de tal interpretação, argumentando que a discricionariedade judicial defendida é apenas permitida quando a norma é insuficiente ou com semântica insatisfatória, o que, afirma não ser o caso do artigo 5º, inciso LVII da Constituição, assim determinar não ser possível ou legítimo “negar o texto nem afastá-lo atribuindo-lhe sentidos acaso tradutores do desejo do intérprete, por mais louváveis que sejam as crenças políticas, éticas ou ideológicas a animarem esse desejo, por melhores que sejam as intenções”.³²⁴

Posteriormente, o Ministro Dias Toffoli reiterou a Ministra e compartilhou do mesmo entendimento: o artigo 283 do CPP não necessita de interpretação conforme, afinal, sua leitura cabe no texto constitucional.³²⁵

Ainda no que concerne às teses firmadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, nota-se que em segundo lugar, este afirmou que a presunção de inocência é um princípio constitucional, de modo que pode ter sua aplicação relativizada quando ponderado com outros princípios da Lei Maior, dentre os quais, elenca o interesse da sociedade na persecução penal, da efetividade da tutela jurisdicional e da razoável duração do processo.³²⁶

Novamente, posteriormente em seu voto, a Ministra Rosa Weber contraria ao argumentar que além de enfeixar um princípio, o artigo constitucional abordado também define regra que não pode ser ignorada, ao passo em que preceitua de maneira objetiva o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência.³²⁷

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 85.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 86.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 217.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 57.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 85.

O Ministro Gilmar Mendes nesse sentido salientou que a determinação do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal é “uma regra precisa, um direito fundamental, assegurado para limitar o poder punitivo estatal”.³²⁸

Por fim, em terceiro lugar o Senhor Ministro Barroso, ao considerar que depois da condenação em segundo grau já não há mais dúvidas acerca da materialidade e autoria do delito, não sendo mais possível sequer a produção de provas, defendeu que o cumprimento do acórdão condenatório é mandamento de ordem pública e deve ser executado.³²⁹

Tais argumentos levaram o Ministro a votar no sentido de interpretar o artigo 283 do Código de Processo Penal conforme a Constituição, assim, excluindo-se o impedimento da execução da pena após a condenação de segundo grau.³³⁰

Ante o exposto, decidiu-se, por maioria dos votos (Ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio e Gilmar Mendes), pela impossibilidade da execução provisória da pena, respeitando-se o princípio da não culpabilidade, de modo a reputar constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, uma vez que reproduz o texto constitucional ao condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória³³¹, 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.

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 150.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 59.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 63.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

Tal entendimento mantém-se até a atualidade (abril de 2022), conforme extrai-se das decisões supremas proferidas recentemente: RE 1216807 AgR/GO³³², HC 163814 ED/MG³³³ e HC 174335 AgR-ED/RS.³³⁴

Por fim, considerando ter esta monografia enfoque no dilema da execução provisória da pena no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri, passa-se a analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

2.1 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL COM ENFOQUE NO TRIBUNAL DO JÚRI

Conforme extrai-se do tópico anterior, em diversas ocasiões o Supremo Tribunal Federal foi motivado a decidir acerca da possibilidade ou não da execução antecipada/provisória da pena em atenção ao texto constitucional de 1988, diante de casos concretos cuja competência pertencia ao procedimento do Tribunal do Júri (nos termos definidos pelo artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil c/c artigo 74, §1º do Código de Processo Penal), dentre os quais se destaca o HC 84.078³³⁵, de 5 de fevereiro de 2009 e o HC 67.245/MG³³⁶, de 29 de março de 1989, os quais abordaram o direito de aguardar o julgamento de recurso especial e extraordinário de réu condenado em primeiro e segundo grau por homicídio.

Nos termos já explicitados, em sede do HC 67.245/MG entendeu-se que em razão do efeito não suspensivo do recurso extraordinário, nos termos do artigo 637 do Código de Processo Penal, o paciente não poderia ser amparado pelo disposto no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, enquanto,

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1216807 AGR/GO**, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, DJ 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447812/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 163814/MG**, Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019, DJ 14/08/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429450/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174335/RS**, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/03/2020, DJ 07/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412853/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078**, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 25/02/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 67245**, Relator: Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26/05/1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

no HC 84.078 definiu-se a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Salienta-se que diferentemente das deliberações abordadas no tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal passou a confrontar o princípio da soberania dos veredictos com o da presunção de inocência, ao questionar (e até mesmo afirmar) que o caráter soberano da decisão do Conselho de Sentença do Júri implicaria na execução imediata da condenação por estes imposta, não obstante a impetração de eventual recurso de apelação (nos parâmetros do artigo 593, inciso III do Código de Processo Penal³³⁷) ou outra alternativa recursal prevista no ordenamento processual penal brasileiro, assim, relativizando o princípio da presunção de inocência determinado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil³³⁸.

Tais argumentos já foram manifestados no julgamento do HC 68658, em 6 de agosto de 1991, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, de modo que se extrai de sua ementa a seguinte determinação:

HABEAS CORPUS - JÚRI - ALEGAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI COM A PROVA DOS AUTOS - INVIABILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DESSA ANÁLISE EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGADA OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DE SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI - INOCORRÊNCIA - PEDIDO INDEFERIDO. [...] A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. 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. Precedentes.³³⁹

³³⁷ “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. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

³³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 de abril. 2022.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 58658**, Relator: Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/08/1991, DJ 26/06/1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100177/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

Entendimento convergente e igual debate extrai-se da deliberação acerca do HC 88707, julgado em 9 de setembro de 2008, pela Segunda Turma, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, do qual, novamente concluiu-se que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não é absoluta³⁴⁰.

Posteriormente, em decisão julgada em 9 de fevereiro de 2010, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem do HC 97.394 e aplicou o entendimento firmado pelo HC 84.078 ao passo em que reiterou que a prisão antes do trânsito em julgado é permitida apenas em seu caráter cautelar, desde que fundamentada de forma idônea³⁴¹.

O confronto entre a presunção de inocência e a soberania dos veredictos foi novamente invocado no julgamento do HC 114214³⁴², quando, diante de sentença condenatória proferida pelo Conselho de Sentença, o Juiz Presidente decretou a prisão preventiva do réu, justificando-a apenas “em face da condenação do mesmo no dia de hoje pelo Soberano Tribunal do Júri Popular”. Tal fundamentação, ou ausência desta, motivou o paciente impetrar *habeas corpus*, pugnando pela possibilidade de aguardar o fim do processo em liberdade. Não obstante a manifestação contrária ao provimento do pleito proferida pelo Ministro Dias Toffoli³⁴³, concluiu-se, em especial observância ao voto do Ministro Marco Aurélio³⁴⁴, pela impropriedade da prisão, uma vez que vedada, sob a ótica do princípio constitucional da não culpabilidade, a execução da pena antecipada ao trânsito em julgado.

Todavia, em 2017 (nota-se que em 2016, o HC 126.292/SP passou a permitir a execução antecipada da pena), o caso supracitado foi novamente analisado pelo Tribunal sob a sede do Agravo Regimental em *habeas corpus* 133.528, e apesar de não conhecido, a partir deste veiculou-se o seguinte entendimento “respeito à

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 88707**, Relatora: Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJ 16/10/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2461/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97394**, Relatora: Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJ 27/02/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur204960/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 114214**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, DJ 04/12/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250762/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 114214**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, DJ 04/12/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250762/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 20.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 114214**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, DJ 04/12/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250762/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 7-14.

soberania dos veredictos. A custódia lastreada em decisão do Tribunal do Júri, ainda que pendente recurso especial, não viola o princípio constitucional da inocência.³⁴⁵

Em igual sentido decidiu-se o HC 118.770, no dia 7 de março de 2017, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso:

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.”³⁴⁶

Bem como, o HC 141.590, julgado em 20 de novembro de 2018:

Processual Penal. Habeas Corpus. Homicídio duplamente qualificado. Execução provisória da pena. Incidência da Súmula 691 do STF. 1. Não se conhece de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática proferida por Ministro de Tribunal superior que indefere a cautelar em idêntica ação constitucional. Incidência do óbice da Súmula 691/STF. 2. Ausência de teratologia ou ilegalidade flagrante. A orientação firmada pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 126.292 e do ARE 964.246-RG, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, é no sentido de que a execução provisória da pena não compromete o princípio da presunção de inocência. Ademais, o julgamento condenatório em segundo grau de jurisdição impõe a prisão preventiva como medida de garantia da ordem pública. 3. Habeas corpus não conhecido, revogada a liminar.³⁴⁷

³⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133528**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/06/2017, DJ 18/08/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371794/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 7-14.

³⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 118770**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJ 20/04/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366485/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 7-14.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 141590**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 20/11/2018, DJ 25/02/2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398845/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 7-14.

Na sequência, verifica-se que no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54³⁴⁸, o Supremo Tribunal Federal, em 7 de novembro de 2019, conforme detalhado no tópico anterior, passou-se a defender a inconstitucionalidade da execução da pena anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e apesar de não ter especificado se tal posicionamento seria igualmente aplicado ao procedimento do Tribunal do Júri, o Ministro Celso de Mello e Dias Toffoli abordaram a temática em seus respectivos votos.

Extraí-se, portanto, do voto do Senhor Ministro Celso de Mello a inadequação da invocação da soberania do veredicto do Conselho de Sentença para justificar a possibilidade de execução antecipada de condenação penal recorrível, uma vez que tal princípio não lhe garante o *status* de decisão intangível, e, sim, apenas impede o Tribunal *ad quem* de substituí-la, em sede recursal, por um pronunciamento do próprio órgão colegiado de segunda instância, nos casos em que a possibilidade de interposição de recurso de apelação, conforme prevê o artigo 593, inciso III, “d” do Código de Processo Penal, é exercida. Por fim, nesse sentido, a soberania dos veredictos prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, “c” da Constituição da República Federativa do Brasil e, portanto, garantia fundamental do acusado, não poderia, segundo o Ministro, constituir obstáculo à liberdade jurídica do condenado³⁴⁹.

Ademais, ressalta-se trecho de julgado apresentado pelo Ministro:

A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. 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. Precedentes³⁵⁰.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 205-208.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68658**, Relator: Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/08/1991, DJ 26/06/1992. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100177/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli verifica-se entendimento distinto ao passo em que este defendeu ser possível a execução imediata do condenado pelo Tribunal do Júri sem que o artigo 5º, LVII da Constituição da República e o artigo 283 do Código de Processo Penal, sejam violados, “tendo em vista que, no tribunal do júri se aplica diretamente a soberania dos veredictos³⁵¹” fato este que torna “desnecessário que haja o julgamento, em segunda instância, de eventual apelação.³⁵²”

No mais, o Ministro manifestou sua indignação:

[...] o júri tem competência para decidir sobre crimes dolosos contra a vida e sua decisão é soberana. Daí, com a devida vênia de quem entenda o contrário, para mim, é chocante verificar que, em muitos casos concretos, o parente da vítima assassinada vê e assiste, muitas vezes, no plenário do júri, a um veredicto de condenação e, ao final, o juiz diz que o condenado pode recorrer em liberdade.³⁵³

Logo após o supracitado julgamento, o qual veio a ser publicado apenas em novembro de 2020, o conflito entre os princípios da presunção de inocência e o da soberania dos veredictos ganhou ainda mais destaque em virtude da alteração conferida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019³⁵⁴, a qual altera o artigo 492 do Código de Processo Penal ao modificar a alínea “e”, do inciso I deste, de modo a autorizar a execução imediata da pena proferida pelo Juiz Presidente em razão de condenação decretada pelo Conselho de Sentença do Júri, caso esta seja igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos³⁵⁵.

Nota-se que a alteração ainda determinou que o Tribunal *ad quem* responsável pelo julgamento de eventual recurso de apelação, poderá conceder efeito suspensivo

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 233.

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 234.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 228.

³⁵⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 20 mar. 2022.

³⁵⁵ Art. 492, I, “e”, segunda parte. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

a este quando perceber que o recurso não tem propósito meramente protelatório e/ou levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão³⁵⁶.

Tal alteração legislativa é confrontante com a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal referente a execução antecipada da pena anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a qual foi destacada no tópico anterior e nos parágrafos acima.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo manifestou-se no julgamento do HC 174.759:

“HABEAS CORPUS” – CONDENAÇÃO RECORRÍVEL EMANADA DO JÚRI – DETERMINAÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI ORDENANDO A IMEDIATA SUJEIÇÃO DO RÉU SENTENCIADO À EXECUÇÃO ANTECIPADA (OU PROVISÓRIA) DA CONDENAÇÃO CRIMINAL – INVOCAÇÃO, PARA TANTO, DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – INADMISSIBILIDADE – A INCONSTITUCIONALIDADE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÕES PENAIS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO – INTERPRETAÇÃO DO art. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO E EFETIVO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA EXECUÇÃO DA PENA – INADMISSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO FICTA DO TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUI NOÇÃO INEQUÍVOCA EM MATÉRIA PROCESSUAL – CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE ÀS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA – A QUESTÃO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI – SIGNIFICADO DA CLÁUSULA INSCRITA NO art. 5º, INCISO XXXVIII, “c”, DA CONSTITUIÇÃO. CARÁTER NÃO ABSOLUTO DA SOBERANIA DO JÚRI – DOCTRINA – PRECEDENTES – EXISTÊNCIA, AINDA, NO PRESENTE CASO, DE OFENSA AO POSTULADO QUE VEDA A “REFORMATIO IN PEJUS” – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA REGRA CONSUBSTANCIADA NO art. 617, “IN FINE”, DO CPP – EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA PRISÃO MERAMENTE CAUTELAR DO SENTENCIADO MOTIVADA POR CONDENAÇÃO RECORRÍVEL, NOTADAMENTE QUANDO O RÉU TENHA PERMANECIDO EM LIBERDADE AO LONGO DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO – PRISÃO CAUTELAR DECRETADA NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL: INSTITUTO DE TUTELA CAUTELAR PENAL INCONFUNDÍVEL COM A ESDRÚXULA CONCEPÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA OU ANTECIPADA DA PENA – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO³⁵⁷.

³⁵⁶ Art. 492, §3º. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 19 mar. 2022.

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174759**, Relator: Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, DJ 21/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434608/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Do referido *habeas corpus* ressalta-se o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, o qual abordou a alteração legislativa implementada pela Lei nº 13.964/2019³⁵⁸, classificando a modificação da redação do artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal como claramente inconstitucional, uma vez que viola o princípio da presunção da inocência e o direito ao recurso³⁵⁹. Ainda, o Ministro ressaltou 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”³⁶⁰.

Tal controvérsia atingiu o Supremo Tribunal Federal também com o Recurso Extraordinário nº 1.235.340 impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça concedeu (em caráter cautelar no HC 499.754-SC³⁶¹ e novamente, no RHC 111.960/SC³⁶²) o direito de recorrer em liberdade ao paciente condenado por homicídio triplamente qualificado, com pena de 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, não obstante o magistrado de primeiro grau ter-lhe aplicado a execução imediata da pena com base no princípio da soberania dos veredictos, situação está mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em *habeas corpus* lá impetrado pela defesa³⁶³.

O Ministério Público de Santa Catarina alegou que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, violou a soberania dos veredictos (ou seja, o artigo 5º,

³⁵⁸ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174759**, Relator: Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, DJ 21/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434608/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 37.

³⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174759**, Relator: Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, DJ 21/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434608/false>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 38.

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 111690**, Relator: Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/06/2019, DJ 07/06/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900795539. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 111690**, Relator: Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/06/2019, DJ 07/06/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900795539. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 6-9

inciso XXXVII, “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil³⁶⁴), bem como, desconsiderou a interpretação conferida pela Primeira Turma do STF no julgamento do HC 118.770/SP³⁶⁵, sendo este consonante ao Tema 925³⁶⁶ da repercussão geral³⁶⁷.

No dia 25 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário, fixando-se o Tema 1068.³⁶⁸

O julgamento do recurso extraordinário iniciou em abril de 2020, ou seja, já sob a vigência da Lei nº 13.964/2019³⁶⁹, de modo que os Senhores Ministros Luís Roberto Barroso (Relator), Dias Toffoli (Presidente) e Gilmar Mendes já fundamentaram e pronunciaram seus votos, todavia, a sessão plenária foi então suspensa em virtude do pedido de vistas dos autos ao Ministro Ricardo Lewandowski e até o momento, não foi retomado.³⁷⁰

Dos votos já proferidos, examina-se, preliminarmente, aquele proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Inicialmente, o Ministro salientou a importância do Tribunal do Júri, uma vez que competente para defesa do direito à vida (competência esta concedida pela

³⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 abril. 2022.

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 118770**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJ 20/04/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366485/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 962426 RG**, Relator: Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2016, DJ 25/11/2016. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 8.

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, XXXVIII, “d”³⁷¹), ressaltando-se que o procedimento do Tribunal do Júri possui instrução processual mais extensa que o comum, sendo, portanto, mais complexo que este.³⁷²

Não obstante, apresentou pesquisas que apontam o déficit brasileiro na tutela à vida.³⁷³

Voltando-se ao caso em análise, o Ministro dissertou que a Constituição da República conferiu ao Tribunal do Júri, por meio de cláusula pétrea, a soberania de seus veredictos e que, em consonância, a legislação processual penal e a jurisprudência (citou e extraiu trecho do RHC 132.632-AgR, Rel. Min. Celso de Mello³⁷⁴) apenas admitem a revisão de tais julgados em poucas situações específicas, ou seja, nos termos do artigo 593, III, do Código de Processo Penal.³⁷⁵

Nesse sentido, relatou que além da baixa recorribilidade das decisões, número muito inferior de tais recursos alcança êxito, cenário este que, na visão do Ministro, apenas reafirma a necessidade de se conferir máxima efetividade à garantia constitucional da soberania dos veredictos do Júri, mediante a imediata execução das suas decisões, devendo, portanto, alterar-se a interpretação do artigo 597 do CPP³⁷⁶

³⁷¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 10-13

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 14.

³⁷⁴ “[...] Não obstante reformáveis as decisões emanadas do Júri, é preciso salientar – até mesmo para tornar efetivo o respeito ao princípio constitucional da soberania dos seus veredictos – que deve ser excepcional, como já pôde advertir este Supremo Tribunal Federal, o provimento do recurso de apelação interposto dos atos decisórios proferidos pelo Conselho de Sentença (RTJ 48/324-325, Rel. Min. EVANDRO LINS).” p. 17. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁷⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

excluindo-se o entendimento de que este é hábil para obstar a execução imediata da pena proferida no Tribunal do Júri.³⁷⁷

Ao mencionar a decisão proferida pela Corte, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, alegou que a execução imediata da decisão proferida no âmbito do Tribunal do Júri não contrapõe tal julgamento, uma vez que a presunção de inocência não é regra, e sim, princípio, assim, sendo possível sua ponderação com outros princípios, neste caso, ao da soberania dos veredictos e ao interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar notadamente a vida humana.³⁷⁸

Ademais, argumentou que não há incompatibilidade com o direito do duplo grau de jurisdição, este previsto em norma de natureza supralegal - o Pacto de São José da Costa Rica. Afinal, ressaltou que a soberania do Júri é previsão constitucional originária. Assim, o Ministro esclareceu que sua alegação está de acordo com a jurisprudência da Corte, conforme extrai-se do julgamento da AP 470³⁷⁹ (o conhecido caso do Mensalão), e do RHC 79.785.³⁸⁰

Ainda, citou artigo de autoria do Dr. Rafael Schwez Kurkowski:

[...] A soberania dos veredictos independe do montante da pena privativa de liberdade a que o réu foi condenado. O respeito à decisão soberana dos jurados decorre de eles serem os juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, os únicos responsáveis pela decisão final, a qual nunca poderá ser reformada (substituída), mas, no máximo, rescindida (anulada), pelos juízes técnicos. Assim, a vontade dos jurados deve ser cumprida imediatamente à sua exteriorização, desimportando, em absoluto, a quantidade da pena. Do contrário, qual o sentido em se afirmar que uma decisão é soberana se ela não é passível de pronto cumprimento? Quando os jurados condenam o réu, eles definem a culpabilidade. Esse reconhecimento não pode ser modificado no mérito, mas apenas anulado, pelo juízo ad quem. Ocorre, nesse contexto, o trânsito em julgado do capítulo

³⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 14-15.

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 20.

³⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470**, Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, DJ 31/10/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur183164/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79785**, Relatora: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22/11/2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15842/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

da culpa da sentença condenatória. O quantum da pena objeto da condenação não exerce qualquer influência, nesse ponto[...].³⁸¹

Por conseguinte, sob tal ótica considerou legítima a execução imediata de condenação proferida pelo Tribunal do Júri, todavia, ponderou indevida a limitação imposta pelo artigo 492 do Código de Processo Penal³⁸², o qual, na redação concebida pela Lei nº 13.964/2019³⁸³, apenas permitiu tal imediatismo às penas iguais ou superiores a 15 (quinze) anos. Afirmou o Ministro não poder a lei limitar a constitucional soberania dos veredictos ou ofender o princípio da isonomia, vez que prevê tratar diferentemente indivíduos sob situações semelhantes.³⁸⁴

Fixou, por fim, a seguinte tese de julgamento: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”.³⁸⁵

Elenca-se então o pronunciamento do Senhor Ministro Dias Toffoli, o qual afirmou que seu entendimento é aquele já por si expressado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, em 2019 e do HC nº 114.214/PA, em 2013, e assim, reiterou a posição de que a soberania dos veredictos confere caráter de intangibilidade à decisão dos jurados no que concerne ao mérito.³⁸⁶

³⁸¹ KURKOWSKI, Rafael Schwez. Estudo sobre a execução provisória da pena no júri estabelecida pela Lei n. 13.964/2019, p. 26-27, In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 16.

³⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁸³ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 27-29.

³⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022. p. 29.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Admite que a soberania não é absoluta, mas salienta que ela só pode ser mitigada “quando da necessidade de se verificar a existência de aspectos técnico-jurídicos e questões de direito em um rol extremamente exaustivo”.³⁸⁷

Ainda, concordou com o voto do Ministro Luís Roberto Barroso e ressaltou que “não há falar que o duplo grau de jurisdição, norma de caráter supralegal, seja um impeditivo para execução provisória da sentença imposta pelo Tribunal do Júri”.³⁸⁸

Por fim, soma-se ao posicionamento do Ministro anterior e define como tese de julgamento: “[a] soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados”.³⁸⁹

Como último voto proferido até então, explicita-se o do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro iniciou destacando o Tribunal do Júri como importante ferramenta de efetivação da democracia na Justiça Criminal, afinal, além de ser uma 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”.³⁹⁰

No mais, classificou a soberania dos veredictos como dispositivo constitucional que visa assegurar o respeito às decisões proferidas pelos jurados ao estabelecer limites para sua modificação. Nesse sentido, elencou as peculiaridades de recorribilidade asseguradas pelo artigo 593, III, do Código de Processo Penal.³⁹¹³⁹² Todavia, ressalta que tal limitação “não esvazia a importância do reexame

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

que a apelação possibilita, o qual, inclusive, assegura o direito ao recurso sobre a condenação, conforme definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos”.³⁹³

Fundamentando tal entendimento, o Ministro ressaltou que há inúmeras decisões da Corte (ARE 873799 AgR³⁹⁴, HC 142621 AgR³⁹⁵, ARE 913068 AgR³⁹⁶) que determinam que o cabimento do recurso nos moldes supracitados, não viola a soberania dos veredictos.³⁹⁷

Assim, ressaltou que a revisão da sentença por Tribunal é imprescindível para limitar e legitimar a incidência do poder punitivo estatal, limitação esta que no direito penal merece ainda mais zelo e observância, uma vez que se trata “do dispositivo mais intrusivo do âmbito de atuação estatal.”³⁹⁸³⁹⁹

Todavia, salientou que tal revisão deve ocorrer anteriormente ao início da execução da condenação, visando assegurar o princípio da presunção de inocência e demais direitos processuais do acusado.⁴⁰⁰ Sob tal ótica, o Ministro destacou manifestação do Comitê de Direitos Humanos da ONU:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 873799**, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, DJ 26/09/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374290/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 142621**, Relator: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, DJ 29/09/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374576/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 913068 AGR**, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, DJ 16/11/2015. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur329411/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

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 promotor⁴⁰¹.

Bem como, sobrepujou a previsão da presunção de inocência na Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 5º, inciso LVII) e na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8, 2, h).⁴⁰²

Ademais, reiterou seu posicionamento manifestado nas ADCs 43, 44 e 54 (das quais considerou não haver qualquer motivo legítimo para que o precedente nelas fixado não se aplique aos casos julgados por jurados)⁴⁰³ e alegou que a presunção de inocência é princípio orientador de toda a estrutura dogmática processual penal⁴⁰⁴, tratando-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 contraditório⁴⁰⁵.

Nesse sentido acrescentou que além de princípio, a presunção de inocência nos moldes previstos na Constituição da República assume também a função de regra constitucional e direito fundamental, não podendo ser ponderado ou vulnerado⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Observação geral n. 32, de julho de 2007, §50. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator:

Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

Notou ainda que além de regra, trata-se de regra auto evidente⁴⁰⁷, de modo que diante da tamanha clareza do inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior, não é possível que lhe seja aplicada interpretação divergente, apenas de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁴⁰⁸”⁴⁰⁹.

Ao mencionar a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019⁴¹⁰, considerou que o artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal, viola o princípio da presunção de inocência e o direito ao recurso quando estabelece que o réu condenado pelo Conselho de Sentença do Júri a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos terá a execução desta imediatamente.⁴¹¹

Quanto à prisão do acusado em sede do Tribunal do Júri, ressaltou⁴¹² que nada impede a decretação desta em seu caráter cautelar preventivo, desde que observados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal⁴¹³, mediante decisão devidamente fundamentada e amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, na comoção social ou indignação popular, na gravidade do crime ou em razão de seu caráter hediondo.⁴¹⁴

Assim, o Ministro sustentou que:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.662/BR**, Relator: Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 31/04/2004, DJ 22/10/2004. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12199/false>. Acesso em: 9 abr. 2022.

[...] 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 Tribunal⁴¹⁵.

Em suma, o Senhor Ministro Gilmar Mendes declarou a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal conferida pela Lei nº 13.964/2019⁴¹⁶, ao passo em que fixou a seguinte tese de julgamento:

“A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao 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 CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.”⁴¹⁷

Diante do exposto e considerando que até o momento o Supremo Tribunal Federal não concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, passa-se ao confronto dos argumentos até então já apresentados pelo Plenário, visando definir se a redação do artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal⁴¹⁸ está de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou não.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 8 abr. 2022.

CAPÍTULO 3

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DOS ARGUMENTOS ATÉ ENTÃO APRESENTADOS NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.235.340

Extrai-se do tópico anterior que os principais argumentos elencados pelos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal ao defenderem a execução da pena anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória (em especial atenção ao julgamento do HC 126.292, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54 e aos até então apresentados em sede do Recurso Extraordinário nº 1.235.340) são: a constitucional mutação do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, a ausência de análise fático-probatória no julgamento dos recursos de apelação, extraordinário e especial, a presunção de inocência e a considerável interposição de recursos como origem da demora processual e da inefetividade da justiça, o clamor social pela efetiva punibilidade judiciária, e ainda, especialmente ao dilema no tribunal do júri, o princípio da soberania dos veredictos como autorizador constitucional da execução imediata da pena no procedimento do júri.

Assim, considerando que o Recurso Extraordinário nº 1.235.340 está suspenso e poderá alterar, novamente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução provisória da pena, o presente capítulo visa analisar os argumentos supra elencados sob a ótica da doutrina nacional majoritária.

3.1 DA NATUREZA, DA POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO E PONDERAÇÃO E DA AMPLITUDE DE APLICAÇÃO PROCESSUAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Inicialmente, verifica-se que o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto já proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, defende que a presunção de inocência (artigo 5º, LVII, CRFB), uma vez que não é regra e sim, princípio constitucional, pode e deve ser ponderada quando em conflito com demais

princípios, no caso, o da soberania dos veredictos (artigo 5º, XXXVIII, CRFB) e o da efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (artigos 5º, caput e LXXVIII, e 144, CRFB).⁴¹⁹

No tocante a natureza principiológica da presunção de inocência, o Senhor Ministro Gilmar Mendes salientou em seu voto também apresentado no RE nº 1.235.340, que além de princípio, a presunção de inocência nos moldes previstos na Constituição da República assume também a função de regra constitucional e direito fundamental, de modo que não pode ser ponderada ou vulnerada.⁴²⁰

O Senhor Ministro Gilmar Mendes, ainda notou em seu voto que além de regra, a presunção de inocência trata-se de regra auto evidente⁴²¹, de modo que diante da tamanha clareza do inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior, não é possível que lhe seja aplicada interpretação divergente, apenas a de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”^{422, 423}

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que diante do baixo grau de abstração e elevado grau de determinabilidade, a presunção de inocência possui caráter funcional, possuindo, portanto, natureza de regra jurídica.⁴²⁴

Nota-se, todavia, que seguindo os conceitos de Ronald Dworkin⁴²⁵ e Robert Alexy⁴²⁶, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha argumenta que o princípio da

⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁴²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 1160-1161.

⁴²⁵ DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993, p. 72-101, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção**

presunção de inocência não possui natureza de regra de modo que sua aplicação deverá ser traçada a partir do método da ponderação.

Ante ao argumento da impossibilidade de interpretar-se o supracitado artigo de maneira diferente ao que ele expressa, os Ministros Celso de Mello⁴²⁷, Marco Aurélio⁴²⁸, Ricardo Lewandowski⁴²⁹ e Rosa Weber ressaltaram, quando do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, que a literalidade e imperatividade do dispositivo afasta a discricionariedade jurisdicional, não lhe cabendo qualquer tergiversação. Ademais, considerando ser direito e garantia individual do acusado, o artigo 5º, LVII da CRFB deve ser observado em sua literalidade mesmo que “os anseios momentâneos, mesmo aqueles mais nobres, a exemplo do combate à corrupção, requeiram solução diversa, uma vez que, a única saída legítima para qualquer crise consiste, justamente, no incondicional respeito às normas constitucionais.”⁴³⁰

Sob tal ótica, extrai-se trecho do voto da Senhora Ministra Rosa Weber, a qual explica a natureza de princípio e regra da presunção de inocência:

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a “presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas”, o que de modo algum é o caso, com a devida vênia, do art. 5º, LVII, da Constituição da República. O art. 5º, LVII, da CF (LGL\1988\3) enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete. Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.⁴³¹

de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 148.

⁴²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 14-15.

⁴²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 185.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 127.

⁴³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator:

Todavia, Rafael Schwez Kurkowski ao citar Joaquin Herrera Flores e Norberto Bobbio⁴³², fundamenta que os direitos humanos estão em constante evolução uma vez que o entorno de tais direitos está sujeito a mudanças e novas compreensões dos indivíduos que com ele se relacionam, assim “os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade”^{433, 434}.

No plano constitucional, possibilita-se o diálogo entre as diferentes formas de enxergar o mundo e, conseqüentemente, de compreender os direitos humanos, no qual princípios e valores não têm valor absoluto, o que Rafael Schwez Kurkowski, através dos preceitos de Gustavo Zagrebelsky, conceitua como “dogmática fluida”.⁴³⁵

Assim, aplicando-se tais conceitos à realidade brasileira, Rafael Schwez Kurkowski conclui ser necessária a flexibilização da interpretação até então aplicada ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal:

A realidade brasileira, na qual réus condenados em segundo grau dispõem apenas de recursos que não podem discutir a culpa, a qual já foi solenemente reconhecida, reclama a revisão do conceito tradicional de presunção de inocência. Nessa linha, propõe-se a substituição da *regulação* imposta pela visão unilateral que associa o princípio da presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença – circunstância que o torna um princípio absoluto, inflexível – pela *emancipação* da visão que atribui a esse princípio um aspecto relacionado ao ônus probatório.⁴³⁶

Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022. p. 85.

⁴³² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 32.

⁴³³ FLORES, Joaquim Herrera. Los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad, 2008, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 32.

⁴³⁴ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 32.

⁴³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de: Marina Gascón. 11. ed. Madri: Trotta, 2016.p. 14-17 “*debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos*”. *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 32.

⁴³⁶ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Ademais, o doutrinador supra ainda ressalta que, conforme preleciona Carlos Maximiliano, a interpretação literal é a menos recomendada à leitura da presunção de inocência⁴³⁷, de modo que “cerrar os olhos para a impunidade e o descrédito das instituições jurídicas do país decorrente da exigência do longínquo trânsito em julgado da condenação não é a melhor opção”.⁴³⁸

Ressalta-se que contrariando o entendimento de Rafael Schwez Kurkowski, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se favorável aos limites à interpretação e eventual mutação constitucional, em obra de sua autoria:

É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário. As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário.⁴³⁹

Assim, ao emitir parecer acerca da alteração promovida pelo HC 126.292, Renato de Mello Jorge Silveira dissertou ao Instituto dos Advogados de São Paulo que apesar dos Ministros defenderem a harmonização dos princípios da efetividade da função jurisdicional do Estado com a presunção de inocência, aplicando-se esta apenas até a decisão condenatória de segundo grau (no Júri, até a de primeiro grau), o fazem em discordância com a Constituição da República Federativa do Brasil, uma

⁴³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 91-92 “por ser uma fonte perene de erros ao apegar-se às palavras em sacrifício das realidades morais, econômicas e sociais”, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 91.

⁴³⁸ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁴³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 259 - 260.

vez que “é de se ver que a construção normativa brasileira impede divagações no sentido de flexibilizar o sentido da presunção de inocência qual verificado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Em suma, por mais que seja do desagrado de alguns, dela não se pode fugir”.⁴⁴⁰

Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo ressalta que ao Supremo Tribunal Federal cabe a função de resguardar a Constituição da República Federativa do Brasil e, portanto, “não pode interpretar a legislação processual penal, de forma extensiva e em detrimento dos direitos individuais, sob pena da excêntrica possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade das próprias decisões”.⁴⁴¹

Igualmente em sede de parecer, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró indignam-se:

Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência, evita-se – ou imaginava-se que se evitaria – discussões sobre se a ideia de presunção de inocência até que seja legalmente provada ou comprovada a culpa, tem por momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível, ou mesmo acórdão em que se julga, pela última vez, matéria fática, ou se somente com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente. Evidente que o Supremo Tribunal Federal, dentro da organização judiciária nacional, é o guardião da Constituição, cabendo-lhe dar a última palavra sobre a sua interpretação. A Constituição, contudo, é uma Carta escrita pelo Constituinte, e não uma folha em branco. É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF, com a devida vênia e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.⁴⁴²

Antagonicamente, Rafael Schvez Kurkowski defende que Constituição espera de seu aplicador “uma atitude de transformar a realidade”⁴⁴³, assim, uma interpretação

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 16/05/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

⁴⁴¹ **Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri**. Disponível em: <https://www.apitombo.com.br/post/da-inconstitucional-execu%C3%A7%C3%A3o-antecipada-da-pris%C3%A3o-no-j%C3%BAri>. Acesso em: 23 abr. 2022.

⁴⁴² LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 17.

⁴⁴³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schvez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória.

“sistemática do ordenamento jurídico como um todo”⁴⁴⁴ seria o ideal. Dessa forma, Rafael Schvez Kurkowski promove a interpretação nos moldes orientados por Fischer e, portanto, estabelece os seguintes fatores como justificativas à execução provisória da pena: o reconhecimento definitivo da culpa nas instâncias ordinárias, a maior celeridade do habeas corpus para eventuais questionamentos acerca da irregularidade ou ilegalidade na execução provisória da pena, a ausência de efeito devolutivo dos recursos (como regra).⁴⁴⁵

Quanto à discricionariedade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, Leonardo Marcondes Machado, ressalta que a tese defendida pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, e explorada neste tópico, “parece muito semelhante a posturas hermenêuticas tão criticadas pelo próprio Min. Dias Toffoli, que se dizia, em 2010, no plenário do Supremo, bastante temeroso da “principiolatria” e da “legisprudência”.⁴⁴⁶

Para tanto, Leonardo Marcondes Machado elenca jurisprudência (ADI 4.451 MC-REF/DF – Rel. Min. Ayres Britto – Voto Min. Dias Toffoli – j. em 02.09.2010 – DJe 125 de 30.06.2011)⁴⁴⁷, na qual o Senhor Ministro Dias Toffoli expressa o supracitado temor em relação à ponderação entre princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, salientando, no momento, a importância de observar a ponderação do legislador (e, portanto, refletida no texto legal).⁴⁴⁸

Renato de Mello Jorge Silveira resume a problemática:

Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017). Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 11-19.

⁴⁴⁴ FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistemática da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, ano V, n. 25, jan-fev 2006, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schvez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017).** Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 07-30.

⁴⁴⁵ KURKOWSKI, Rafael Schvez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017).** Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁴⁴⁶ MACHADO, Leonardo Marcondes. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência.** v. II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.

⁴⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451**, Relator: Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJ 30/06/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399151/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁴⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência.** v. II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 2.

De qualquer forma, é de se ter em conta que o problema parece se firmar no contexto do que é trânsito em julgado e do que é recurso. No Brasil, como se viu, recurso, em sentido lato, não é unicamente a Apelação Criminal, mas, também, os recursos especial e extraordinário. Com isso, e diante da previsão do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, enquanto recurso houver, não se dará o trânsito em julgado. Em outras palavras, somente após todas as instâncias recursais (a princípio, devolutivas ou suspensivas), é que alguém poderia ser visto como culpado, ou, mesmo, ter seu nome incluído no rol dos culpados. [...] Enquanto perdurar a existência recursal (ainda que especial ou extraordinária), não se dá o trânsito em julgado e, portanto, há de se respeitar a presunção de inocência. Para tanto, impossível aceitar-se desmedida possibilidade de execução antecipada de sentença. Não se trata, pois, de uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, mas de um sistema que isso permite.⁴⁴⁹

Virgílio Afonso da Silva, determina que a interpretação do artigo em questão deve compreender as “duas expressões centrais usadas pelo art. 5º, LVII: não ser considerado culpado e trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁴⁵⁰

Sob tal viés, Cezar Roberto Bitencourt ressalta que a Constituição da República Federativa do Brasil foi incisiva ao determinar como marco da presunção de inocência o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, assim, sendo “trânsito em julgado” um instituto cujo conceito é inquestionável, não se admite interpretação que o altere ou relativize.⁴⁵¹

Guilherme de Souza Nucci afirma que o legislador-constituente com clareza optou por considerar o réu inocente até o trânsito em julgado da condenação, assim, entendimento divergente significa contrariar conceitos doutrinários reinantes há muito tempo. Assim, conceitua o princípio da presunção de inocência nos moldes delimitados pela Constituição:

Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. O princípio tem por objetivo garantir que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu. Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando isso realmente for útil à instrução e à ordem pública. Reforça, ainda, o princípio da intervenção mínima do Estado na vida do cidadão, uma vez que a reprovação penal somente deveria alcançar aquele

⁴⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer ao Instituto dos Advogados de São Paulo**. Documento impresso. 18 maio 2016.

⁴⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 252-253.

⁴⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 158.

que fosse efetivamente culpado. Por isso, somente se poderia prender, fora do cenário cautelar, quando a pena aplicada transitasse em julgado.⁴⁵²

Em consonância, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró citam o conceito de “trânsito em julgado” elaborado por José Carlos Barbosa Moreira:

[...] por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. [...] 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.⁴⁵³

E, na sequência, advertem que, portanto, não há margem aos Tribunais para alterarem tal marco legal/temporal.⁴⁵⁴

Importante, portanto, a interpretação da norma em consonância com a Constituição, “e não o contrário: fundamentar a relativização da presunção de inocência e admissão da execução provisória da pena em dispositivos infraconstitucionais”.⁴⁵⁵

Ainda, Renato de Mello Jorge Silveira acrescentou que além dos empecilhos à nova interpretação, eventual mutação constitucional não poderia ocorrer *in malam partem*:

[...] dentro de um sistema racional, enquanto recurso hover não se pode considerar efetuado um trânsito em julgado. Nesse aspecto, sim, existe uma agressão frontal à presunção de inocência qual colocada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Para uma alteração dessa sorte de entendimento, somente seria apta uma mutação constitucional. Nunca uma leitura *in malam partem*. E, diz-se *in malam partem*, porque quem verdadeiramente é aqui agredido é a sociedade como um todo, ou, mais evidentemente, os direitos e garantias individuais.⁴⁵⁶

⁴⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 66.

⁴⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 17.

⁴⁵⁴ Assim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão torna-se imutável, surgindo a coisa julgada material. Não há margem exegética para que a expressão seja interpretada, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado é presumido inocente, até o julgamento condenatório em segunda instância, ainda que interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça. LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 18.

⁴⁵⁵ CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho. *In*: BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, cap.27, p. 5.

⁴⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer ao Instituto dos Advogados de São Paulo**. Documento impresso. 18 maio 2016.

No tocante à vedação de interpretação regressiva *in malam partem*, José Roberto Machado explicita que uma vez reconhecido direito fundamental, este consolida-se, sendo impossível que o Estado democrático regrida ou retroceda em sua aplicação, apenas lhe é permitido agregar novos direitos fundamentais.⁴⁵⁷

Em consonância, Cezar Roberto Bitencourt cita o artigo 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 que em igual sentido, veda o retrocesso ao impedir a interpretação de tratados posteriores “no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes [...]”.⁴⁵⁸

Por fim, extrai-se da majoritariedade da doutrina supracitada que a interpretação literal do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil que a presunção de inocência deve vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, portanto, impede a execução provisória da pena em qualquer momento anterior, seja após a decisão de segunda instância ou imediatamente na sequência à condenação pelo Conselho de Sentença do Júri, permitindo-se apenas àquela fundamentada cautelarmente.

Nesse sentido, ainda salienta-se que a presunção de inocência expressa sua eficácia em três modalidades, ou seja, como regra probatória, regra de tratamento e regra de julgamento (atuando a primeira e a terceira em sentido semelhante ao *in dubio pro reo*).⁴⁵⁹

Assim, mesmo que as provas não possam ser reexaminadas e, portanto, não haja mais razão para aplicação da presunção de inocência enquanto regra probatória no processo, o princípio continuará a proteger o acusado do tratamento equiparado a réu condenado, assegurando-lhe *status* absolutamente igual a quem nunca foi investigado ou processado.⁴⁶⁰

Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró classificam como duas das mais importantes consequências da aplicação da regra de tratamento: a impossibilidade de

⁴⁵⁷ MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁴⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 161.

⁴⁵⁹ MORAES, Maurício Zanoide. **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. p. 424 a 476.

⁴⁶⁰ MORAES, Maurício Zanoide. **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. p. 24.

prisões automáticas no curso do processo e a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento de pena.⁴⁶¹

Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha não concorda com tal interpretação à aplicação do princípio da presunção de inocência:

A ampliação que se pretende impor ao referido princípio garantista chega ao ponto de estabelecer uma presunção de ilegalidade, até que o Superior Tribunal de Justiça afirme a legalidade da decisão proferida em segundo grau de jurisdição, e uma presunção de inconstitucionalidade, até que o Supremo Tribunal Federal afirme a constitucionalidade da condenação criminal. O absurdo da construção, data máxima vênua, é manifesto.⁴⁶²

Dessa forma, de acordo com a defendida literalidade do artigo 5º, LVII da CRFB, e, portanto, de sua imperativa interpretação e inquestionável aplicação até o trânsito em julgado, extrai-se da maioria dos argumentos doutrinários elencados e dos jurisprudenciais majoritários (analisando-se as ADCs nº 43, 44 e 54), que a presunção de inocência deverá assegurar o acusado até tal marco legal/temporal, seja via regra probatória ou mediante regra de tratamento, impedindo-se, portanto, a antecipação da pena.

3.2 A ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELO PACOTE ANTICRIME EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DISPOSITIVOS PROCESSUAIS PENAIS E ÀS ADCS Nº 43, 44 E 54: UMA VISÃO DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Cronologicamente elencou-se no capítulo anterior que o Supremo Tribunal Federal, após diversas alterações de entendimento, fixou, por meio de sua maioria no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, posicionamento no sentido de entender constitucional a vigência do princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e, dessa forma, determinando constitucional o artigo 283 do Código de Processo

⁴⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência:** do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 12.

⁴⁶² ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha. Execução provisória de pena no projeto anticrime. p. 148. *In:* PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau.** Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

Penal⁴⁶³, afinal, em clara reprodução do direito fundamental previsto no artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁶⁴, vedando-se, por conseguinte, qualquer antecipação da pena anterior à concretização da culpabilidade nos termos normativos⁴⁶⁵, ou seja, ao trânsito em julgado da condenação penal.

Assim, diante da alteração promovida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime) em relação ao artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal⁴⁶⁶, bem como, ante o Recurso Extraordinário nº 1.235.340⁴⁶⁷ que visa o debate acerca da possibilidade da execução imediata da condenação proferida no Tribunal do Júri, nos moldes estabelecidos pelo Pacote Anticrime supramencionado, e em sentido contrário ao defendido pelos Ministros Luís Roberto Barroso⁴⁶⁸ e Dias Toffoli⁴⁶⁹ em seus votos já proferidos em sede de julgamento do RE nº 1.235.340, Aury Lopes Júnior entende que “com muito mais razão é inconstitucional a execução antecipada após uma decisão de primeiro grau (o tribunal do júri é um órgão colegiado, mas integrante do primeiro grau de jurisdição)”.⁴⁷⁰

Acompanhando o referido doutrinador, Cezar Roberto Bitencourt considera ser “aberrante autorizar o cumprimento de pena automático com decisão de primeiro grau”, além de taxar como um “grande paradoxo” o Supremo Tribunal Federal conjecturar tal possibilidade, uma vez que já fixou entendimento nas ADCs nº 43, 44 e 54 acerca da inconstitucionalidade da execução provisória da pena.⁴⁷¹

Ademais, Soraia da Rosa Mendes declara “francamente inconstitucional” uma vez que o Supremo Tribunal Federal já fixou a constitucionalidade do artigo 283 do

⁴⁶³ Art. 283. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁶⁴ Art. 5º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁴⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 20.

⁴⁶⁶ Descrito no tópico 2 desta monografia.

⁴⁶⁷ Descrito no tópico 2.1 desta monografia.

⁴⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1417.

⁴⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 170.

Código de Processo Penal e conseqüentemente, o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena.⁴⁷²

Diante da tese fixada quando do julgamento das ADCs supracitadas, Eugênio Pacelli reconhece que as reformas promovidas pelo Pacote Anticrime violam o princípio constitucional da presunção de inocência, mantendo-se o entendimento de que a prisão anterior ao trânsito em julgado só é legítima se fundamentada nos requisitos de cautelaridade, em consonância com os artigos 283, 312, §2º e 315, todos do Código de Processo Penal.⁴⁷³

Guilherme de Souza Nucci manifestou-se em mesmo sentido, determinando-se que o juiz presidente não deve se valer das inconstitucionais alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, restando-lhe a possibilidade de decretar prisão preventiva caso presentes os pressupostos do artigo 312 do CPP.⁴⁷⁴

Nesse sentido, Leonardo Marcondes Machado ressalta que além de antagônico com a decisão proferida nas ADCs nº 43, 44 e 54, a redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492, I, “e” do CPP, está em clara incongruência com a sistemática da própria Lei nº 13.963/2019:

[...] salta aos olhos a incongruência (sistemática) da própria Lei n. 13.964/2019 quando comparadas as novas redações dos arts. 283 e 313, § 2º, do CPP com o discutido texto do art. 492, I, “e”, do CPP. Embora todos sejam fruto da mesma reforma legislativa, os dois primeiros artigos reforçam um modelo acusatório com “oxigenação constitucional”, baseado na presunção de inocência como pilar irrenunciável à estruturação da justiça criminal, em absoluta consonância com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 07 de novembro de 2019, nas ações declaratórias de constitucionalidade números 43, 44 e 54, que vedam a execução provisória da pena, enquanto o último dispositivo robustece um sistema inquisitório, lastreado na presunção de culpa, nos moldes argumentados por Vincenzo Manzini (professor italiano vinculado ao regime fascista de Bento Mussolini).⁴⁷⁵

⁴⁷² MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2020. p. 93.

⁴⁷³ Pacelli, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2021. p. 606.

⁴⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2022. p. 66.

⁴⁷⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 25.

Ao compartilhar tal indignação, Paulo Queiroz, em concordância com Aury Lopes Júnior⁴⁷⁶, afirmou ser óbvia e manifesta a contradição da previsão da execução imediata com o novo art. 313, § 2º, que diz: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena.”^{477,478}

Renato Brasileiro de Lima atenta que o artigo 283 do Código de Processo Penal é expresso ao demandar o trânsito em julgado para o recolhimento à prisão, assim, através de uma interpretação sistemática das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, o artigo 492, I, “e”, do CPP, apresenta-se “absolutamente incompatível” com o restante.⁴⁷⁹

Antonio Magalhães Gomes Filho, Alberto Zacharias Toron e Gustavo Henrique Badaró ressaltam ainda que a possibilidade de execução imediata está em evidente desacordo com o artigo 387, §1º do Código de Processo Penal⁴⁸⁰, uma vez que este não prevê a prisão automática da pena.⁴⁸¹

Antagonicamente, Rafael Schwez Kurkowski afirma que em razão da soberania dos veredictos, a proibição da execução provisória da pena nos termos julgados pelo

⁴⁷⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 2053.

⁴⁷⁷ Art. 313, §2º. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁴⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1319.

⁴⁸⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁸¹ O dispositivo estava em sintonia com o § 1º art. 387, parágrafo único, do CPP, que não previa a prisão como efeito automático da sentença penal condenatória. Todavia, o dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei 13.964/2019, que lhe acrescentou uma segunda parte, nos seguintes termos: “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”. A nova regra 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” (CR, art. 5º, caput, LVI). E não afasta a inconstitucionalidade, o fato de o novo § 3º do mesmo art 493, 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! Justamente por isso, em regra, a apelação contra a sentença penal condenatória do Tribunal do Júri, com pena igual ou superior a 15 anos, não terá efeito suspensivo (CPP, art. 492, § 4º). BADARÓ, Gustavo; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias. **Código de processo penal comentado**. 4. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 67.

Supremo Tribunal Federal, não repercute no procedimento do Tribunal do Júri, afinal neste, o cumprimento imediato da pena é exigido.⁴⁸²

No mais, o doutrinador supracitado defendeu que a interpretação conferida ao artigo 283 do Código de Processo Penal⁴⁸³ pelos doutrinadores acima e, igualmente, pelo Supremo Tribunal Federal, é equivocada, uma vez que o rol de prisões do referido artigo não é taxativo “sobretudo porque, para a Constituição Federal, basta, para a decretação da prisão, “ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI, da CRFB)⁴⁸⁴”, assim, a sentença condenatória do juízo de primeiro grau decorrente de condenação proferida pelo Tribunal do Júri constitui ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não havendo impedimentos constitucionais à sua execução.⁴⁸⁵

Por fim, nota-se que Guilherme Madeira Dezem salienta que também é inconstitucional a limitação imposta pelo artigo, preceituando que a soberania dos veredictos seria defensável apenas para os crimes cuja pena é igual ou superior a 15 (quinze) anos, afinal, segundo o doutrinador não há sentido em tal distinção.⁴⁸⁶

Nesse sentido, Paulo Queiroz afirma ser inconstitucional o critério estabelecido pelo artigo 492, I, “e”, CPP para aplicação da execução imediata apenas aos acusados condenados a 15 (quinze) anos ou mais de reclusão, pois “só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado”.⁴⁸⁷

Rafael Schwez Kurkowski concorda ao afirmar que a soberania dos veredictos independe do montante de pena, manifestando-se pela inconstitucionalidade do

⁴⁸² KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 443.

⁴⁸³ Art. 283. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁸⁴ Art. 5º, LXI. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁴⁸⁵ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 446.

⁴⁸⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 63.

⁴⁸⁷ QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

critério limite de 15 (quinze) anos de reclusão, todavia, preservando-se o restante do art. 492, I, “e”, e §§ 4º e 5º, II, do Código de Processo Penal.⁴⁸⁸

Expostos alguns dos posicionamentos doutrinários acerca das alterações promovidas pelo Pacote Anticrime e sua congruência com o restante da normativa processual penal brasileira, para além da (des) conformidade com o artigo 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, passa-se a análise dos demais argumentos até então apresentados no julgamento do RE nº 1.235.340.

3.3 A EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA COMO GARANTIA À EFETIVIDADE DA TUTELA PUNITIVA ESTATAL

Conforme ressaltado no capítulo anterior, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso iniciou seu voto proferido no RE nº 1.235.340 destacando a importância do bem jurídico tutelado pelo Tribunal do Júri, segundo o qual, tal proeminência é protegida por imperativo constitucional, nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil.⁴⁸⁹

Assim, destacou:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.⁴⁹⁰

Ainda sob tal linha de pensamento, o supracitado Ministro citou trecho de obra de André Guilherme Tavares de Freitas, visando ressaltar que os bens elencados pelo artigo 5º, caput, da CRFB (Vida, Liberdade e Integridade Física) são “os pilares da

⁴⁸⁸ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 441.

⁴⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

existência humana e que irão viabilizar o alcance de todos os demais direitos”, de modo que a “tutela dos mesmos deve ser a mais reforçada possível, isto é, a defesa dos mesmos deve ser promovida, sem embargo dos demais ramos, pelo direito penal”.⁴⁹¹

Ressalta o Ministro ainda que em tais casos “a celeridade da resposta penal é indispensável para que a Justiça cumpra o seu papel de promover segurança jurídica, dar satisfação social e cumprir sua função de prevenção geral”.⁴⁹²

Compartilhando de tal posicionamento, Rafael Schwez Kurkowski ressalta que o retardo na execução da pena aumenta as chances de falha na transmissão da mensagem (que a norma transgredida continua vigente) que o transmissor (Estado) deve repassar ao receptor (cidadãos fiéis ao Direito).⁴⁹³

Rafael Schwez Kurkowski acrescenta ainda a importância do Estado em promover a segurança pública também constitucionalmente assegurada (preâmbulo; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput*; art. 6º, *caput*; art. 144), evitando-se a desproteção de determinado direito fundamental. Assim, promovendo a colisão entre presunção de inocência e segurança pública, o autor afirma que obtém-se a seguinte solução: “a segurança pública é privilegiada justamente porque o réu, já condenado, não pode mais discutir a culpa, embora lhe restem assegurados meios efetivos para combater eventual ilegalidade na execução provisória da pena”.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁹³ A propósito, há comprovação empírica de que o mero passar do tempo, por si só, implica uma chance maior de absolvição, já na primeira sessão de julgamento do Tribunal do Júri, quando esta ocorre temporalmente distante do fato: quando o tempo transcorrido entre a distribuição do processo e a realização da primeira sessão do Tribunal do Júri ultrapassa oito anos, aumenta consideravelmente a probabilidade de absolvição do réu (STEMLER; SOARES; SADEK, 2017). Essa absolvição pelo mero transcorrer do tempo evidencia uma falha na transmissão da mensagem sobre a vigência do Direito. Logo, o montante da pena também é indiferente, nesse tópico. KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 438.

⁴⁹⁴ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Citando Paulo César Busato, o professor Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha explicita que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil) de modo que os instrumentos punitivos estatais pertencem⁴⁹⁵ e estão a serviço dos interesses do povo⁴⁹⁶, assim, “deve-se conceber os pontos de equilíbrio entre as garantias individuais e os interesses sociais, de modo a proteger a liberdade do acusado e, ao mesmo tempo, preservar a efetividade da intervenção punitiva”, ou seja, tão importante quanto assegurar as garantias individuais, está o dever do Estado em tutelar os “interesses sociais maiores, seja realmente efetiva”.⁴⁹⁷

Não obstante tal imprescindibilidade de tutela, o Ministro Luís Roberto Barroso indigna-se ao citar dados estatísticos que comprovam a elevada quantidade de homicídios no Brasil e, por conseguinte, o considerável déficit do sistema penal brasileiro na proteção do bem jurídico Vida.⁴⁹⁸

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que a execução imediata da pena proferida pelo Tribunal do Júri é importante medida à perfectibilização da supina tutela conferida a tal procedimento e, portanto, enfatiza que a imediata prisão de condenação pelos jurados não viola o princípio da presunção de inocência, visto que a execução antecipada da pena visa proteger de forma satisfatória a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas, ou seja, direitos fundamentais de especial relevância no quadro de valores constitucionais.⁴⁹⁹

Compartilhando de tal posicionamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli ao proferir seu voto no RE nº 1.235.340, reiterou relato já apresentado por si quando do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54, citando o caso do indivíduo que apesar de

⁴⁹⁵ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17-19, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 141.

⁴⁹⁶ BUSATO, Paulo César. Fundamentos para um Direito Penal democrático. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 141.

⁴⁹⁷ ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 165.

⁴⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

condenado a 97 anos de prisão pelo Tribunal do Júri, pôde recorrer em liberdade, assim, o Ministro novamente declarou entendimento de que nem mesmo a prisão em segunda instância é suficiente para dar efetividade à punição no âmbito do Tribunal do Júri.⁵⁰⁰

Sob tal ótica, ressalta-se que o Ministro Luís Roberto Barroso compartilhou de igual indignação, afirmando em seu voto que o fato do indivíduo condenado pelo Tribunal do Júri sair livre do julgamento ao lado da família da vítima, fere “os sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário”, situação esta que diz ser agravada pelos recursos sucessivos que indefinidamente procrastinam o trânsito em julgado.⁵⁰¹

Independentemente da alegada superioridade da tutela promovida pelo Tribunal do Júri, o Senhor Ministro Gilmar Mendes reiterou 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”.⁵⁰²

Além disso, Paulo Queiroz manifestou-se contrário à exceção criada pelo Pacote Anticrime aos ilícitos competentes ao Tribunal do Júri ao entender que “viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade”.⁵⁰³

Sob tal ótica, Leonardo Marcondes Machado cita que a justificativa do Projeto de Lei nº 882/2019, o qual constava a redação original da Lei nº 13.964/2019, para o tratamento diferenciado dispensado aos réus sujeitos à competência do Tribunal do Júri consistia na “usual gravidade em concreto dos crimes por ele julgados”.⁵⁰⁴ Tal

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁰³ QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁵⁰⁴ Relatório Grupo de Trabalho – Câmara dos Deputados: “Considero tal alteração pertinente, concordando com o entendimento de que se deve privilegiar a soberania dos veredictos do Tribunal

argumentação, para Leonardo Marcondes Machado, é desprovida de “motivação jurídica racional”.⁵⁰⁵

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que a efetividade da punição no Tribunal do Júri não é afetada pela impossibilidade da execução imediata da pena, uma vez que nada impede a decretação da prisão preventiva do réu nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, prisão esta que objetiva a própria tutela do processo, visando, portanto, assegurar a efetividade de eventual condenação posterior.⁵⁰⁶

Ressaltou, porém, que a gravidade abstrata do delito, a comoção social ou indignação popular, não podem ser utilizadas como fundamento para a decretação da prisão preventiva, e, por conseguinte, muito menos, como argumento para viabilizar a execução imediata da pena proferida pelo Tribunal do Júri.⁵⁰⁷

Nesse sentido, ressaltou Paulo Queiroz que “a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva”.⁵⁰⁸

Ademais, explicou o Ministro Gilmar Mendes que a gravidade em concreto do crime poderá, diferentemente da abstrata, fundamentar eventual prisão preventiva:

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

do Júri considerar a gravidade em concreto dos crimes por ele julgados, o que justifica um tratamento diferenciado, motivo pelo qual a incorporo em minha proposta de harmonização” (sic) (CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Relatório. Grupo de Trabalho Destinado a Analisar e Debater as Mudanças Promovidas na Legislação Penal e Processual Penal pelos Projetos de Lei n. 10.372, de 2018, n. 10.373/2018 e n. 882, de 2019 – GTPenal. Coordenadora Deputada Margarete Coelho. Relator Deputado Capitão Augusto). Marcondes, Leonardo. *In*: BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.

⁵⁰⁵ Marcondes, Leonardo. *In*: BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁰⁸ QUEIROZ, Paulo. **A nova prisão preventiva - Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 24 de abr. 2022.

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.⁵⁰⁹

Em suma, conforme preceitua o Senhor Ministro Gilmar Mendes, a tutela do bem jurídico Vida, não resta deficiente pela impossibilidade da prisão imediata, afinal, cabe ao judiciário o poder de analisar as peculiaridades do caso concreto e decretar a prisão preventiva quando percebe estar em risco a aplicação da lei penal, a conveniência da instrução criminal, ou, que a gravidade concreta do delito coloque em cheque a ordem pública ou econômica, por exemplo.⁵¹⁰

Em igual sentido, Renato Brasileiro de Lima argumentou que nos casos em que a liberdade do acusado põe em risco à execução da pena ou à garantia da ordem pública, deve-lhe ser aplicado o instituto da prisão cautelar, e nas situações em que não há *periculum libertatis* eventual restrição de sua liberdade será encarada como antecipação da pena e, portanto, inconstitucional. Destacou ainda que a execução imediata da pena decretada pelo Conselho de Sentença não viola só o princípio da

⁵⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

presunção de inocência, mas também o direito ao duplo grau de jurisdição do acusado.⁵¹¹

Assim, considerando ser a prisão cautelar a única admitida anteriormente ao trânsito em julgado da condenação penal⁵¹², Aury Lopes Júnior classifica como irracional, desproporcional e perigosíssima a prisão nos moldes propostos pelo artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, afinal, há a “real possibilidade de reversão já em segundo grau (sem mencionar ainda a possibilidade de reversão em sede de recurso especial e extraordinário)”.⁵¹³

No mais, ante a argumentação supracitada e apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli enquanto do julgamento do RE nº 1.235.340 (e já utilizado nas ADCs nº 43, 44 e 54, conforme visto no capítulo anterior), de que o trânsito em julgado como requisito à execução da pena deve ser relativizado em prol do combate ao sentimento popular de impunidade e descrédito quanto ao poder judiciário, uma vez que a possibilidade exacerbada de interposição de recursos retarda o processo a ponto de colocar em risco a própria efetividade da tutela jurisdicional, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró afirmam que a autorização da antecipação da pena é apenas concessão sedante ao real problema, ou seja, não é nada além de tentativa de apaziguar o clamor público em detrimento de direito fundamental, assim, não é a solução para a demora processual e mesmo que fosse, ressaltam que o preço da ineficiência do Estado não pode ser pago com a supressão de garantias processuais.⁵¹⁴

Por fim, temeram:

A persistir nessa linha, continuaremos com uma demora imensa e crescente, agravada pelo fato de que muitos acusados - ainda presumidamente inocentes – pois não houve o trânsito em julgado exigido pela Constituição para que sê-lhes retirem a proteção – vão ter de suportar a demora presos, em um sistema carcerário medieval como o nosso.⁵¹⁵

⁵¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1318.

⁵¹² Ver capítulo 1, tópico 1.

⁵¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 2053.

⁵¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 36-37.

⁵¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 37.

Ademais, Aury Lopes Júnior, em obra de autoria independente, ressaltou ser a demora jurisdicional o verdadeiro problema a ser enfrentado, não se encontrando na execução antecipada da pena, a solução para tal problemática, de modo que esta será apenas agravada pelo fato de que enquanto o processo tarda a ser solucionado, alguém estará indevidamente preso:

O que é preciso ser enfrentado é a demora jurisdicional. Esse é o ponto nevrálgico da questão e que não é resolvido pela execução antecipada. Os recursos especial e extraordinário continuarão demorando anos e anos para serem julgados, com a agravante de que alguém pode estar injustamente preso. Efetivamente existe um excesso de demanda da jurisdição do STJ, especialmente o que representa um sintoma do mau funcionamento das jurisdições de primeiro e segundo grau e uma atrofia da estrutura desse tribunal superior, que não dá conta de atender a um país de dimensões continentais como o nosso. Essa é a causa da demora nas decisões, que não será resolvida com a limitação da presunção de inocência imposta pelo STF. Os recursos especiais continuarão a demorar para serem julgados, pois a causa efetiva não foi atacada. A diferença é que agora teremos demora com prisão... E se, ao final, o REsp for provido e reduzida a pena, alterado o regime de cumprimento, anulada a decisão etc., o tempo indevidamente apropriado pelo Estado com essa prisão precoce e desnecessária, não será restituído jamais. Quem vai devolver o tempo de prisão indevidamente imposto?⁵¹⁶

Nesse sentido, advertiu Renato de Mello Jorge Silveira que a busca pela efetividade, motivada pela turbação popular, não pode, jamais, agredir aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988.⁵¹⁷

Cezar Roberto Bitencourt indignou-se com as alegações de impunidade:

E nem se diga que no Brasil não se prende ninguém, que é o país da impunidade, que a prisão só pode ocorrer após o trânsito em julgado, e outras baboseiras mais, o que não é verdade. Prende-se, sim, e muito antes do trânsito em julgado. Portanto, é uma grande falácia afirmar-se que não se prende ninguém antes do Trânsito em julgado; [...] Confundem alhos com bugalhos, pois somos um dos países que mais autorizam prisões em várias etapas, desde a prática do crime, sem culpa formada, logicamente, são prisões processuais, procedimentais ou de custódia, mas elas existem em quantidade, prende-se e muito com meros indícios ou até mesmo sem qualquer indício, com meras suspeitas etc.⁵¹⁸

⁵¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1375.

⁵¹⁷ O sentimento de impunidade pode, de fato, gracejar na sociedade hodierna. As inúmeras denúncias de casos de corrupção, por exemplo, causam turbação na sociedade de modo bastante raro. Entretanto, a busca por uma efetividade não pode, jamais, sustentar uma agressão aos primados mais caros conquistados pela Constituição de 1988. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer ao Instituto dos Advogados de São Paulo**. Documento impresso. 18 maio 2016. p. 28.

⁵¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 171.

Aury Lopes Júnior advertiu ainda que o discurso de “combate à impunidade” é falacioso, afinal, não é função do Supremo Tribunal Federal corresponder às expectativas sociais criadas, e sim, “atuar como guardião da CF e da eficácia dos direitos fundamentais, ainda que tenha que decidir de forma contramajoritária”.⁵¹⁹

No mais, diante do posicionamento de que os recursos possibilitados pelo ordenamento jurídico brasileiro possuem caráter protelatório à pretensão punitiva estatal, ressalta-se entendimento de Renato de Mello Jorge Silveira já destacado no tópico 1 deste capítulo “não se trata, pois, de uso abusivo e procrastinatório do direito de recorrer, mas de um sistema que isso permite. Que se mude ou altere a Lei, mas não que se interprete restritivamente direito maior de liberdade”.⁵²⁰

Rafael Schwez Kurkowski, todavia, afirma que a legislação processual penal brasileira permite uma infinidade de recursos, os quais dificultam a atuação efetiva da jurisdição criminal ao passo em que permitem que a defesa prolongue o trânsito em julgado mediante a interposição de inúmeros recursos, por vezes meramente protelatórios, acarretando na prescrição da pretensão punitiva estatal.⁵²¹

Exemplificando a problemática da demora processual, Rafael Schwez Kurkowski cita o exemplo de Maria da Penha, caso este que implicou na criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06):

[...] em 1984, ofereceu-se denúncia que imputava a prática de tentativa de homicídio ao seu ex-marido; porém, em 2001, época do julgamento da reclamação apresentada por Maria da Penha pela Corte Interamericana, os autos do processo criminal estavam conclusos para julgamento de um recurso interposto pela defesa contra a sentença que condenou o réu, no tribunal do júri. Durante todo esse interregno, o réu permaneceu em liberdade. Por tal razão, o Brasil foi condenado à, entre outras, adoção de medidas “necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso *rápido e efetivo*; por manter o caso na *impunidade* por mais de quinze anos”⁵²²

⁵¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1375-1377.

⁵²⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer ao Instituto dos Advogados de São Paulo**. Documento impresso. 18 maio 2016. p. 23.

⁵²¹ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵²² KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

Por conseguinte, o doutrinador mencionado pugna que a dogmática atual acerca da temática abandone o campo puramente abstrato e diante da incongruência em sustentar entendimento que exija o trânsito em julgado à execução da pena frente à realidade brasileira, adote posicionamento capaz de transformar a realidade atual, ou seja, de que o trânsito em julgado da culpa (momento no qual o réu esgotou os recursos capazes de discutir a culpa - os ordinários) possibilita a execução provisória da pena.⁵²³

Por fim, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha adverte que “a garantia da liberdade do acusado não pode se transformar em garantia da ocorrência da prescrição, que impede a efetividade da tutela penal” e nesse sentido, ressalta que o direito de liberdade individual não é absoluto e, portanto, sua proteção não deve ser excessiva ao ponto de prejudicar a tutela penal de outros importantes direitos fundamentais.⁵²⁴

No mais, citou frase de Rui Barbosa “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”⁵²⁵

Em suma, analisados os argumentos acerca da efetividade da tutela punitiva estatal vista por prejudicada em razão da quantidade considerável de recursos protelatórios e por tal razão, necessitada de uma resposta mais célere do poder judiciário visando combater o sentimento de impunidade e descrédito popular, situação está supostamente agravada pela gravidade usual dos delitos sujeitos ao procedimento do Tribunal do Júri, passa-se a expor o posicionamento favorável a conceituação do princípio da soberania dos veredictos como garantia fundamentadora da execução imediata das decisões proferidas pelos jurados, contrapondo-o e sustentando-o de acordo com os posicionamentos doutrinários mais recentes acerca do tema.

⁵²³ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁵²⁴ ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 150.

⁵²⁵ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 40.

3.4 A SOBERANIA DOS VEREDICTOS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTADOR DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Em defesa da possibilidade de executar-se imediatamente a condenação proferida pelo Tribunal do Júri, o Ministro Luís Roberto Barroso⁵²⁶ e o Ministro Dias Toffoli⁵²⁷ argumentaram também, no julgamento do RE nº 1.235.340, que a execução imediata é justificada e assegurada por previsão constitucional, ao passo em que o artigo 5º, XXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, além de conferir ao Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, estabeleceu a soberania da decisão ali proferida (art. 5º, XXXVIII, “d”, CRFB).⁵²⁸

Compartilhando de tal entendimento, o Procurador-Geral da República, em memorial encaminhado ao Supremo Tribunal Federal⁵²⁹, manifestou-se que a impossibilidade da execução imediata lesiona o princípio da soberania dos veredictos, e, nesse sentido, citou Rafael Schwez Kurkowski, o qual ensina ser a soberania dos veredictos uma consequência ao caráter democrático do Júri, razão pela qual “não se toleram restrições ao exercício da função dos integrantes do conselho de sentença. Limitações aos jurados, a exemplo de não permitir o cumprimento imediato de sua vontade, equivalem a limitações da própria democracia”⁵³⁰.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, tal soberania dos veredictos garante que as decisões proferidas pelos jurados não possam ser substituídas por juízes togados, de modo que o Tribunal de segundo grau não poderá substituir a vontade do Conselho de Sentença no tocante à autoria e materialidade do crime. Assim, defende que a

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵²⁸ Art. 5º, XXXVIII, “d”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³⁰ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

execução imediata da pena proferida pelo Júri, visando proporcionar maior efetividade ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, não viola a presunção de inocência, independentemente de eventual recurso interposto/julgado.⁵³¹

Nesse sentido, manifestou-se:

Soberania que concede ao Júri, portanto, a prerrogativa da última palavra sobre a procedência ou não da pretensão punitiva. De modo que não faria o menor sentido a Constituição atribuir ao Júri o exercício de tão nobre e distinto poder – julgar soberanamente os crimes dolosos contra a vida –, caso o seu veredicto pudesse ser livremente modificado pelos tribunais de segundo grau.⁵³²

O Ministro Dias Toffoli reiterou posicionamento já expresso quando do julgamento do HC 114.214 e salientou que a soberania dos veredictos confere à decisão dos jurados do Conselho de Sentença caráter de intangibilidade quanto ao seu mérito.⁵³³

Ademais, enquanto no julgamento do *habeas corpus* supracitado, o Ministro Dias Toffoli citou explicitação de Guilherme de Souza Nucci acerca do exaurimento da análise material pelo Conselho de Sentença e a consequente limitação do Tribunal quanto ao mérito da decisão, mesmo quando da reavaliação ao conjunto probatório do feito:

Quando interposta apelação, quanto ao mérito da decisão popular, deve o Tribunal togado agir com a máxima cautela, a fim de não dar provimento a todo e qualquer apelo, somente porque entende ser mais adequada outra avaliação. Ou porque o veredito popular contraria a jurisprudência da Corte. Nada disso interessa ao jurado, que é leigo. Respeitar a soberania dos veredictos significa abdicar da parcela de poder jurisdicional, concernente ao magistrado togado, para, simplesmente, fiscalizar e buscar corrigir excessos e abusos, mas sem invadir o âmago da decisão, crendo-a justa ou injusta. O parâmetro correto para a reavaliação do Tribunal togado em relação à decisão do júri é o conjunto probatório: se há duas versões válidas, dependentes apenas da interpretação, para levar à condenação ou à

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

absolvição, escolhida uma das linhas pelo Conselho de Sentença, há de se respeitar sua soberania. Nenhuma modificação pode existir.⁵³⁴

E ainda, salientou decisão do HC 118.770 que concluiu que o princípio da soberania dos veredictos impede a substituição da decisão proferida pelo Conselho de Sentença em sede de recurso, não afrontando, portanto, a presunção de inocência e, conseqüentemente, estando compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil.⁵³⁵

Ademais, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou que ao procedimento do Tribunal do Júri é conferido hipóteses raríssimas de impetração de recurso de apelação, “notadamente em caso de decisão manifestamente contrária à prova dos autos ou de nulidade ocorrida no processo, nos termos do art. 593, III, do Código de Processo Penal”, nas quais o Tribunal ainda permanece impedido de alterar a decisão do Júri quanto ao mérito, lhe reservando apenas, quando as provas do feito forem manifestamente contrárias à decisão tomada ou esta for nula (oportunidade na qual o mérito necessita ser revisto), o poder de determinar novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Ou seja, por mais que exista a possibilidade de interposição de recurso, o mérito não poderá ser substituído pelo Tribunal de segundo grau, impossibilitando a ocorrência de eventual absolvição, por exemplo, pela segunda instância.⁵³⁶

Em igual sentido, explicitou Rafael Schvez Kurkowski:

O respeito à decisão soberana dos jurados decorre de eles serem os juízes naturais dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, os únicos responsáveis pela decisão final, a qual nunca poderá ser reformada (substituída), mas, no máximo, rescindida (anulada), pelos juízes técnicos.⁵³⁷

⁵³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 114214**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, DJ 04/12/2013. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250762/false>, *apud* NUCCO, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³⁷ KURKOWSKI, Rafael Schvez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 438.

Além da restrita possibilidade de interposição de recursos, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que número ainda menor resulta em modificações das decisões do Júri, de modo que, na grande maioria das vezes, apesar da revisão recursal, a condenação nos moldes do primeiro grau prevalece inalterada.⁵³⁸ Razão esta que somada à possibilidade do Tribunal competente para o julgamento do recurso de apelação, no exercício do poder geral de cautela, suspender a execução da decisão condenatória até o julgamento final do recurso (artigo 492, §5º, do Código de Processo Penal⁵³⁹)⁵⁴⁰, quando verificar indícios fortes de nulidade do processo ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, resta clarivamente comprovada a necessidade (e constitucionalidade) de se conferir máxima efetividade à garantia constitucional da soberania dos veredictos do Júri, mediante a imediata execução das suas decisões.⁵⁴¹

Sob tal perspectiva, Rafael Schwez Kurkowski ainda ressalta a possibilidade conferida pelo artigo 492, §3º do Código de Processo Penal do presidente do Tribunal do Júri “excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do *caput* deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação”⁵⁴².⁵⁴³

Tal regra, todavia, segundo Gustavo Henrique Badaró não tem o condão de afastar a inconstitucionalidade do instituto da execução imediata da pena, pois viola o

⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵³⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator:

Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁴² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁵⁴³ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 540.

princípio da presunção de inocência ao passo em que estabelece a prisão antecipada como regra e a liberdade do réu, como exceção.⁵⁴⁴

Diante do exposto, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar ressaltam que ante a impossibilidade de contestação do mérito da decisão proferida pelos jurados, o tribunal ou juízes togados não possuem o condão de alterar o veredicto no que concerne à condenação, absolvição ou até mesmo, quanto às qualificadoras reconhecidas ou não pelo Júri, ressaltando-se a possibilidade de absolvição em sede de revisão criminal.⁵⁴⁵

José Afonso da Silva exemplifica: “Se o Júri decidir que Fulano matou Sicrano, o Tribunal Superior não pode modificar essa decisão, ainda que as provas não sejam assim tão precisas”.⁵⁴⁶

Rafael Schwez Kurkowski preceitua que:

O máximo em que o provimento da apelação interposta contra a sentença pode resultar consiste na nulidade do julgamento, o qual deverá ser repetido por outro conselho de sentença, ou na decretação da extinção da punibilidade do réu. Assim, a revisão da condenação atina ao reconhecimento manifesto de alguma nulidade ocorrida após a pronúncia ou, por exemplo, ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. [...] Quanto ao crime objeto de condenação pelos jurados (crime doloso contra a vida e crimes conexos), a apelação interposta contra a decisão do conselho de sentença não poderá implicar a absolvição do réu, diante da literalidade do inciso III e §§ 1º a 3º do art. 593 do CPP. Pela soberania dos veredictos, a absolvição ou a condenação do réu é uma decisão exclusiva do conselho de sentença. A soberania dos veredictos protege a capacidade decisória dos jurados ao impedir a reforma ou a substituição da sua decisão pela decisão dos juízes togados; apenas um novo conselho de sentença, na hipótese da rescisão (anulação) da decisão do conselho de sentença original, poderá absolver ou condenar o réu.⁵⁴⁷

Não obstante a impossibilidade de absolvição, Rafael Schwez Kurkowski ressalta que os recursos podem ensejar a nulidade do processo ou até mesmo, na sua prescrição, dessa forma, a partir do momento em que o juízo de primeiro grau

⁵⁴⁴ BADARÓ. **Processo Penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

⁵⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2016. p. 1689.

⁵⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, 2014, p. 140, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁴⁷ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 432.

decreta o início do cumprimento antecipado da pena, é importante que proceda o julgamento de tais recursos em tempo razoável.⁵⁴⁸

Antagonicamente, o Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do RE nº 1.235.340, afirmou que apesar da soberania dos veredictos restringir a ampla cognição do Tribunal quanto a decisão de primeiro grau recorrida (regra geral) “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”.⁵⁴⁹

Nesse sentido, ressaltou inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal⁵⁵⁰ nos quais se firmou a tese de que a apelação das decisões do Tribunal do Júri não caracteriza violação à soberania dos veredictos, afinal, “o sentido da cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano dos jurados (CF, art. 5o, XXXVIII, “c”) não o transforma em manifestação decisória intangível”⁵⁵¹.

Por conseguinte, o Ministro Gilmar Mendes firmou ser inadmissível o início da execução da pena sem que a condenação tenha sido revista pelo Tribunal, afinal, ressaltou ser o recurso um meio hábil e necessário para limitar e legitimar o poder punitivo estatal.⁵⁵²

Eugênio Pacelli detalha que a garantia da soberania dos veredictos deve ser entendida em termos ao passo em que suas decisões podem ser revistas por tribunais de segundo grau e superiores, bem como, através do instituto da revisão criminal (artigo 621, do Código de Processo Penal). No mais, releva ser inconveniente e perigoso o “trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões penais condenatórias”.⁵⁵³

⁵⁴⁸KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 531.

⁵⁴⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 873799**, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, DJ 26/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374290/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁵¹Ministro Celso de Mello no HC 174.759 MC (DJe 25.9.2019)

⁵⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁵³Pacelli, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2021. p. 580.

Renato Brasileiro de Lima emitiu parecer no sentido de que a soberania dos veredictos, em hipótese alguma, confere às decisões do Conselho de Sentença a característica de definitivas e irrecorríveis, uma vez que é plenamente possível que o juízo *ad quem* determine a cassação da decisão de primeira instância (nos termos do artigo 593, III, “d” e §3º do Código de Processo Penal) não obstante a sua ilegitimidade para proceder ao juízo rescisório.⁵⁵⁴

Concordou Caio Paiva ao esclarecer que “a premissa de que o Tribunal não pode substituir o convencimento dos jurados na apreciação dos fatos e das provas, embora verdadeira, apenas delimita - e não elimina, repita-se - a competência recursal da segunda instância” ao passo em que o Tribunal exercendo o duplo grau de jurisdição poderá invalidar o julgamento de primeira instância, determinando que outro ocorra.⁵⁵⁵

Guilherme Madeira Dezem afirmou que a soberania dos veredictos consiste apenas na imutabilidade dos efeitos da decisão do Tribunal do Júri, não possuindo qualquer relação com o cumprimento automático da sentença.⁵⁵⁶

Sob tal ótica, citou Vinicius Vasconcellos ao salientar que tal revisão recursal possui suma importância no direito processual penal, uma vez que a sanção imposta trata-se de medida profundamente gravosa e irreparável.⁵⁵⁷

Cezar Roberto Bitencourt destacou que:

[...] se fosse absoluta essa “soberania” dos veredictos” (alínea “c” do inciso XXXVIII da CF), certamente, não teria sido recepcionado pela nossa Carta Magna, o disposto no art. 593, inciso III e suas respectivas alíneas, especialmente nas alíneas “a” e “d”, as quais levam, obrigatoriamente, a novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, com outra constituição, logicamente. Caso contrário, por se tratar de um Tribunal Popular, e, ao mesmo tempo, implicar grande formalidade, correr-se-ia grandes riscos, muitas injustiças e vários equívocos, reparáveis com os recursos que demonstraremos aqui.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1318.

⁵⁵⁵ PAIVA, Caio. Soberania dos veredictos não autoriza execução imediata da condenação. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/tribuna-defensoria-soberania-veredictos-nao-autoriza-execucao-imediata-condenacao>. Acesso em: 26 de abr. 2022.

⁵⁵⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Capítulo 14, p. 63.

⁵⁵⁷ VASCONCELLOS, Vinicius G. Direito ao recurso no processo penal. São Paulo: RT, 2019. p. 142, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 165.

Ademais, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa classificam como um “erro gigantesco” autorizar a execução imediata da pena proferida pelo Júri, afinal, em sede de apelação poderá ser “amplamente discutidas questões formais e de mérito, inclusive com o tribunal avaliando se a decisão dos jurados encontrou ou não abrigo na prova”.⁵⁵⁹

Galvão Rabelo explicita que a soberania dos veredictos deve ser encarada como garantia constitucional do acusado, de modo que sua aplicação e interpretação deve ser dada observando-se a proteção dos direitos do acusado, e, portanto, daqueles que regem o processo penal.⁵⁶⁰

Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo ressalta que como garantia ao acusado, a soberania dos veredictos não pode ser inviabilizadora à apreciação do judiciário quanto a correta ou incorreta aplicação da lei ao caso, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.⁵⁶¹

Nesse sentido, ainda ressalta:

Ora, conferir à expressão soberania dos veredictos o sentido de imutabilidade de um julgamento em primeiro grau de jurisdição só seria permitido se inexistisse recurso, previsto, para acusação e defesa, em lei (artigo 5º, II e LIV, da CR c.c. art. 593, III, do CPP). E, compreendido o processo penal como instrumento voltado a proteger o indivíduo da indevida coação estatal, não se pode suprimir deste mesmo indivíduo o direito ao controle da legalidade da persecução penal por tribunal, em particular quanto à precisa convergência do mérito às provas legais (art. 5º, LIV e LVI, da CR).⁵⁶²

Convergentemente, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa ressaltam que se encontrando a instituição do júri e o princípio da soberania dos veredictos no rol de garantias e direitos individuais, a sua interpretação não pode ser contrária à

⁵⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime: um ano depois**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 169.

⁵⁶⁰ RABELO, Galvão. **O princípio da ne reformatio in pejus indireta nas decisões do tribunal do júri**. Boletim do IBCCrim, v. 17, n. 203, p. 16-18, out. 2009.

⁵⁶¹ Ora, o procedimento do júri constitui-se em direito individual (artigo 5º, XXXVIII, da CR). O acusado de matar possui, por mandamento constitucional, o direito de ser julgado pelo povo quanto ao mérito da ação penal condenatória. A ideia da soberania de veredito deve, nessa linha de raciocínio, ser compreendida como a impossibilidade de se invadir a competência legal dada aos jurados de entender a verdade quanto ao substrato factual, para reconhecer, ou negar, a materialidade, bem assim a autoria do crime. Jamais poderia significar a inviabilidade de o Judiciário aquilatar a correta, ou incorreta, aplicação da lei ao caso (artigo 5º, XXXV, da CR). **Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri**. Disponível em: <https://www.apitombo.com.br/post/da-inconstitucional-execu%C3%A7%C3%A3o-antecipada-da-pris%C3%A3o-no-j%C3%BAri>. Acesso em: 23 abr. 2022.

⁵⁶² **Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri**. Disponível em: <https://www.apitombo.com.br/post/da-inconstitucional-execu%C3%A7%C3%A3o-antecipada-da-pris%C3%A3o-no-j%C3%BAri>. Acesso em: 23 abr. 2022.

própria liberdade do réu. Por fim, salientam que "a soberania dos jurados não é um argumento válido para justificar a execução antecipada, pois é um atributo que não serve como legitimador de prisão, mas sim como garantia de independência dos jurados".⁵⁶³

Além disso, Paulo Queiroz afirma que não obstante a soberania dos veredictos ser uma restrição ao poder de revisão das decisões de mérito, tal poder não é absoluto, uma vez que se admite a revisão criminal e a interposição de apelação contra a decisão proferida pelos jurados. Nesse sentido, adverte que eventual não cabimento de reforma das decisões do Tribunal, sob o argumento de ofensa à soberania dos veredictos, consistiria em violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, uma vez que "os limites da soberania dos veredictos são, em última análise, os limites do próprio Estado, portanto".⁵⁶⁴

Igualmente posiciona-se Cezar Roberto Bitencourt ao afirmar que o Tribunal do Júri não é imune ao duplo grau de jurisdição em virtude da soberania de seus veredictos, inclusive permitindo-lhe exame de mérito em grau recursal.⁵⁶⁵

Renato Brasileiro de Lima igualmente adverte que eventual execução imediata da pena não apenas viola o princípio da presunção de inocência, mas, igualmente, o direito do acusado ao duplo grau de jurisdição, o qual se encontra expressamente previsto no artigo 8º, nº 2, alínea "h" da Convenção Americana de Direitos Humanos^{566, 567}.

No mais, considerando que o tribunal popular é composto por pessoas leigas, Eugênio Pacelli adverte que a possibilidade de erros na apreciação dos fatos e provas

⁵⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime: um ano depois**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 169.

⁵⁶⁴ QUEIROZ, Paulo. **Limites da soberania dos veredictos**. Disponível: <https://www.pauloqueiroz.net/limites-da-soberania-dos-veredictos/>. Acesso em: 25 de abr. 2022.

⁵⁶⁵ A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não os torna imunes à submissão ao princípio do duplo grau de jurisdição, inclusive quanto ao exame de mérito, especialmente na hipótese de decisão manifestamente contra a prova dos autos (art. 593, III, d, do CPP). As previsões dos demais incisos tampouco resultam afastadas da apreciação do segundo grau, inclusive matéria fática que implique nulidades, capituladas nos incisos I, II e III do mesmo artigo supramencionado. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. 153.

⁵⁶⁶ 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. BRASIL. Decreto nº 648, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 26 de abr. 2022.

⁵⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021. p. 1318.

é ainda mais tangível, assim, a importância do duplo grau de jurisdição ao procedimento do Júri como regra.⁵⁶⁸

Sob tal perspectiva, ressalta-se entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

[...] todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais.⁵⁶⁹

Em contrapartida, o Ministro Luís Roberto Barroso salientou que o Pacto de São José da Costa Rica ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado no RE nº 466.343⁵⁷⁰, norma de caráter supralegal, ou seja, status superior à legislação interna conflitante, porém inferior à Constituição.⁵⁷¹

No mais, o supracitado Ministro adiantou, concordando o Ministro Dias Toffoli posteriormente⁵⁷², que a soberania dos veredictos como princípio autorizador da execução imediata da pena no Tribunal do Júri não é incompatível com o duplo grau de jurisdição, uma vez que não se está negando a interposição de recurso. Ademais, acrescentou:

36. Diante disso, há quem sustente que o direito ao duplo grau de jurisdição, extraído de Tratado de Direitos Humanos, de natureza supralegal, seria incompatível com a imediata execução das condenações impostas pelo Tribunal do Júri. 37. Não há incompatibilidade alguma. A hipótese é de aplicação direta e imediata da norma originária do texto constitucional, que reconheceu a instituição do Tribunal do Júri, assegurada a soberania dos seus veredictos, com a competência expressa para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. De modo que não é possível invocar esse importante

⁵⁶⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2021. p. 606.

⁵⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 71.

⁵⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343**, Relator: Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2008, DJ 04/06/2009. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

instrumento de salvaguarda dos direitos humanos para neutralizar norma expressa da Constituição Federal.⁵⁷³

Ainda, Rafael Schwez Kurkowski salientou que a complexidade do procedimento do Júri (recebimento da denúncia e pronúncia, esta cuja determinação está ligada ao convencimento do juízo da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação⁵⁷⁴) sustentam eventual decisão condenatória pelo Conselho de Sentença, tornando suficiente o reconhecimento da culpabilidade do réu e dessa forma, tornando segura a execução imediata da pena ali proferida.⁵⁷⁵

Por fim, no tocante ao argumento de que irrisórios os números de recursos providos pelo Tribunal que acarretem eventual alteração na decisão do Júri ou determinem novo julgamento, de modo que seria injustificável a demora processual e o adiamento inestimável da efetiva execução da pretensão punitiva diante do não provimento de tais recursos⁵⁷⁶, Aury Lopes Júnior e Gustavo Henrique Badaró determinam que tal premissa é equivocada, afinal, não é a quantidade de admissões ou provimentos que legitimam a impetração de tais recursos e portanto, criticam que o argumento sustentado:

Equivale, mutatis mutandis, a dizer: já que a maior parte dos recursos especial e extraordinário interpostos pela defesa não são acolhidos, vamos presumir que são infundados e desnecessários, podendo prender primeiro e decidir depois. Sem falar que as pesquisas quantitativas publicadas mostram que o número é significativo, principalmente se considerarmos as imensas limitações de acesso aos tribunais superiores impostas por uma imensa quantidade de súmulas proibitivas, mais a necessidade de prequestionamento e, finalmente, a necessidade de demonstração de repercussão geral.⁵⁷⁷

⁵⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁷⁴ Art. 413, CPP. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm#art492. Acesso em: 12 mar. 2022

⁵⁷⁵ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccscs/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 421.

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016. p. 34.

Em sua obra particular, Aury Lopes Júnior ainda acrescenta que:

É falacioso o argumento de que o número de decisões modificadas em grau de recurso especial e extraordinário é insignificante. Os dados trazidos pelas defensorias públicas de SP, RJ e da União (quando do julgamento do HC 126.292 e das ADC's) mostram um índice altíssimo (em torno de 46%) de reversão de efeitos. Para compreender essa taxa de reversão é preciso ter um mínimo de “honestidade” metodológica, pois não se pode usar como argumento de busca apenas as palavras “recurso especial” e “absolvição”... É preciso considerar os agravos em REsp e REExt, os agravos regimentais, embargos declaratórios com efeitos infringentes e, principalmente, o imenso número de habeas corpus substitutivos. Além da absolvição, deve-se considerar outras decisões da maior relevância, como: redução da pena, mudança de regime, substituição da pena, anulação do processo, reconhecimento de ilicitude probatória, mudança da tipificação/desclassificação, enfim, vários outros resultados positivos e relevantes que se obtêm em sede de REsp e REExt e que mostram a imensa injustiça de submeter alguém a execução antecipada de uma pena que depois é significativamente afetada.⁵⁷⁸

No mais, o Ministro Gilmar Mendes ao compartilhar do entendimento de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles salienta que o princípio da presunção de inocência orienta “toda a estrutura dogmática do processo penal” e portanto, constitui “proibição de desautorização ao processo”⁵⁷⁹. Dessa forma, afirma que o processo penal deve obedecer a todos os direitos e garantias fundamentais dispensadas ao acusado, e, por conseguinte, considera incompatível com o processo penal de um Estado democrático de direito, condenar o indivíduo e restringir sua liberdade sem a comprovação concreta de sua culpa com total respeito às regras do devido processo.⁵⁸⁰

Novamente, ressalta que o processo penal e conseqüentemente, o princípio da presunção de inocência, trabalham como limitadores do poder punitivo estatal.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; . **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1373 - 1375.

⁵⁷⁹ 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), *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁸¹ = BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Assim, Paulo Queiroz afirma que sendo o Tribunal do Júri uma instituição democrática, a ele são, e devem ser, aplicáveis “os princípios fundamentais que regem o direito e o processo penal democrático, a exemplo do princípio da legalidade, do devido processo legal, da imparcialidade, do duplo grau de jurisdição etc.”⁵⁸²

Nesse sentido, o Ministro supracitado afirma que “a prisão pena, imposta como retribuição ao crime praticado e com finalidades preventivas a novos delitos, só pode ser aplicada a quem for culpado”⁵⁸³, condição esta que no ordenamento jurídico brasileiro deve observar a clara determinação constitucional de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵⁸⁴, assim, concluiu que:

Se “não se pode executar uma pena a alguém que não seja considerado culpado” e “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, conclui-se que não se pode executar uma pena até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.⁵⁸⁵

Na elaboração de premissas semelhantes, Gustavo Henrique Badaró extrai da presunção de inocência expressa pela Constituição da República Federativa do Brasil que:

(1) a presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que tal prisão tenha natureza cautelar; (2) é incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado, que constitua execução penal provisória ou antecipada.⁵⁸⁶

⁵⁸² O tribunal do júri, por conseguinte, como instituição democrática que é, está forçosamente vinculado aos princípios e garantias inerentes ao Estado Constitucional de Direito, porque, do contrário, sua concepção não faria sentido algum nesse contexto. QUEIROZ, Paulo. **Limites da soberania dos veredictos**. Disponível: <https://www.pauloqueiroz.net/limites-da-soberania-dos-veredictos/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁵⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁵⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

⁵⁸⁶ BADARÓ. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 11.

Nesse sentido, também concorda Antônio Magalhães Gomes Filho, afinal, para o doutrinador, toda antecipação de pena viola o princípio da presunção de inocência.⁵⁸⁷

Todavia, Rafael Schwez Kurkowski diverge ao afirmar que a soberania dos veredictos garante o trânsito em julgado da culpa:

Quando os jurados condenam o réu, eles definem a culpabilidade. Esse reconhecimento não pode ser modificado no mérito, mas apenas anulado, pelo juízo ad quem. Ocorre, nesse contexto, o trânsito em julgado do capítulo da culpa da sentença condenatória.⁵⁸⁸

Ao dissertar acerca da (im)possibilidade da execução provisória da pena após a decisão condenatória de segunda instância, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha emitiu parecer consonante ao do autor supracitado, afirmando que a “impossibilidade de prosseguir na discussão sobre a culpa do acusado também constitui relevante limite à noção jurídica de coisa julgada que permite construir a noção de trânsito em julgado (coisa julgada) para a culpa”.⁵⁸⁹

Antagonicamente, Rodrigo Pardal, Paulo Henrique Fuller, Patrícia Vanzolini e Gustavo Junqueira defendem que a soberania dos veredictos, enquanto direito individual não pode incidir contra o acusado, “sob pena de absoluta subversão do sentido de proteção individual da norma constitucional”, dessa forma, não pode acarretar em ou ser entendida como “trânsito em julgado parcial”.⁵⁹⁰

Sob tal perspectiva, Aury Lopes Júnior explicita que no Brasil adota-se a “culpabilidade normativa”, assim, extrai-se da norma legal brasileira que “somente se possa falar em (e tratar como) culpado após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação”.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43.

⁵⁸⁸ KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccsc/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022. p. 438.

⁵⁸⁹ ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha. Execução provisória de pena no projeto anticrime. p. 148. In: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019. p. 154.

⁵⁹⁰ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada - artigo por artigo**. 2. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 467.

⁵⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 1370.

Em suma, Gustavo Henrique Badaró classifica o artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal “incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado”.⁵⁹²

Ademais, importante salientar o já exposto no primeiro tópico deste capítulo: a presunção de inocência é muito além de regra probatória ou de julgamento, é também regra de tratamento, impossibilitando que o acusado seja tratado como condenado até que sofra sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim, a execução imediata da pena do Tribunal do Júri violaria tal regra de tratamento, ao passo em que antecipa o cumprimento da condenação à quem ainda não é condenado nos termos do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil.

Por fim, analisados os argumentos até então apresentados no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, estes foram sustentados ou contrapostos pela doutrina mais recente.

⁵⁹² BADARÓ. **Processo Penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 7.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nasceu este trabalho de curso com o objetivo de promover a análise acerca da (in)constitucionalidade da execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri frente aos princípios elencados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Realizou-se, para tanto, no primeiro capítulo, estudo sobre a prisão no ordenamento jurídico brasileiro, investigando-se suas modalidades e aplicação. A partir do artigo 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil em consonância com o artigo 283 do Código de Processo Penal, somados à leitura de alguns importantes doutrinadores nacionais, fixou-se a existência da prisão pena e prisão processual, sendo está dividida entre pré-cautelar (prisão em flagrante delito) e cautelar (prisão temporária e preventiva). Investigou-se que, apesar dos doutrinadores pesquisados manifestarem-se contra qualquer restrição de liberdade anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fundamentando-se tal entendimento na interpretação literal do artigo 5º, LVII da CRFB, defenderam que a prisão processual e, portanto, anterior ao trânsito em julgado e até mesmo, da eventual condenação em primeiro grau, é constitucional ao passo em que a sua natureza cautelar respeita o princípio da presunção de inocência. Sob tal ótica, verificou-se que para a prisão cautelar (em especial estudo a prisão preventiva) ser legitimada, é necessário que se apresente, principalmente, o *fumus commissi delicti* (fumaça da ocorrência de um delito) e o *periculum libertatis* (perigo em virtude do estado de liberdade do acusado), ou seja, que a função da segregação seja tutelar o processo e não, antecipar a execução da pena.

Ademais, analisou-se o instituto da prisão pena, observando-se que consiste na execução, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, da pena pela qual o então condenado foi infringido.

Perscrutou-se sobre a finalidade e função da pena, elencando-se as principais teorias: a) teorias absolutas; b) teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial); c) teorias unificadoras ou ecléticas; d) unificadora dialética de Claus Roxin; e a da e) prevenção geral positiva limitadora da pena. Orientando-se por alguns doutrinadores nacionais, em especial Cezar Roberto Bitencourt, explicitou-se cada uma das supracitadas teorias, detalhando-se suas mais expressivas características. Enquadrou-se, por fim, a normativa legal brasileira sob a ótica da teoria mista ou

unificadora da pena, uma vez que além da função retributiva, a pena visa a prevenção geral e especial do crime, positiva e negativa, ao passo em que o atual sistema normativo brasileiro prevê castigo (teoria absoluta), intimidação (prevenção geral negativa), reafirmação do direito penal (prevenção geral positiva) e ressocialização (prevenção especial).

Ao estreitar a análise proposta no capítulo ao Tribunal do Júri, verificou-se que tal procedimento é o competente para julgar as infrações dolosas perpetradas contra a vida e que nada impede que as prisões cautelares sejam nele aplicadas. Por conseguinte, introduziu-se na pesquisa a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019 ao artigo 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, a qual instituiu a possibilidade da execução imediata da pena proferida no Tribunal do Júri, sem a necessidade de estar presentes os requisitos para decretação da prisão cautelar, antecipando-se, portanto, a prisão pena.

Diante da alteração legal supracitada, investigou-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, elencando-se em análise cronológica os principais julgados nos quais os Ministros do STF se manifestaram e apresentaram argumentos favoráveis ou desfavoráveis a modalidade de execução/prisão provisória/antecipada da pena, está com natureza divergente da prisão cautelar e prisão pena previstas na legislação brasileira e pormenorizadas no primeiro capítulo da pesquisa.

Inicialmente, apresentou-se o julgamento do HC 67.245, de 29 de março de 1989, culminando-se na apresentação dos argumentos utilizados nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, HC 118.770 e HC 133.528. Em suma, verificou-se que apesar das divergências jurisprudenciais, o entendimento mais recente (ADCs nº 43, 44 e 54) é contrário à execução provisória da pena.

Não obstante, a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019 cumulada com as decisões proferidas no HC 133.528 e 118.770, reacendeu o debate acerca do tema, destacando que a soberania dos veredictos (garantia constitucional conferida ao procedimento do Júri) seria princípio justificador à execução antecipada ao menos no Tribunal do Júri, independentemente do entendimento atual supra mencionado.

Observou-se que tal debate tem palco no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.235.340, e, por conseguinte, analisou-se os principais argumentos até então apresentados pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes,

visando definir se a redação do artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal está de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, ou não.

Derradeiramente, no terceiro e último capítulo especificou-se os principais argumentos elencados no capítulo anterior, com especial destaque àqueles exprimidos nas manifestações dos Senhores Ministros supracitados em sede do Recurso Extraordinário nº 1.235.340: a constitucional mutação do artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil, a ausência de análise fático-probatória no julgamento dos recursos de apelação, extraordinário e especial, a presunção de inocência e a considerável interposição de recursos como origem da demora processual e da inefetividade da justiça, o clamor social pela efetiva punibilidade judiciária, e ainda, especialmente ao dilema no Tribunal do Júri, o princípio da soberania dos veredictos como autorizador constitucional da execução imediata da pena no procedimento do júri.

Posteriormente, tais posicionamentos foram confrontados ou sustentados por alguns dos entendimentos doutrinários atuais no tocante à execução imediata da condenação decretada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

Nesse viés, lembrando-se o problema do trabalho, tem-se que este se consubstanciou na seguinte indagação: A execução provisória da pena no âmbito do Tribunal do Júri é (in)constitucional de acordo com os princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Analisando-se a hipótese inicialmente levantada consistente na afirmação de que sob a luz dos princípios trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a execução provisória da pena no Tribunal do Júri, nos moldes do art. 492, inciso I, alínea ‘e’ do Código de Processo Penal, é inconstitucional, restou comprovada.

Uma vez que se viu que independentemente de seu caráter principiológico ou de regramento constitucional, a presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CRFB) não pode ser relativizada em prol da efetividade penal ou da segurança pública (princípios estes que buscam, ao menos em tese, o cumprimento da finalidade da pena em seu sentido de retribuição e prevenção), afinal como garantia individual e direito fundamental do Estado Democrático de Direito, não pode ser violada em razão da ineficácia estatal, a despeito da abstrata gravidade dos delitos cuja competência de julgamento é conferida ao Tribunal do Júri.

Nesse sentido, parcela majoritária dos posicionamentos doutrinários elencados nesta pesquisa ainda ressaltaram que o deferimento da execução imediata da pena não é a solução para a efetivação da tutela punitiva estatal em tempo razoável e de forma eficaz, uma vez que a problemática encontra-se na demora processual ocasionada por um judiciário abarrotado, problema este que apenas será agravado com a prisão do réu.

Não pode o Supremo Tribunal Federal vulnerar direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, visto que dela são guardiões, não autores. Tal impedimento é evidente quando tal alteração de interpretação à garantia constitucional é feita em prol de alternativa meramente sedante à demora processual do judiciário brasileiro. Não devem os Senhores Ministros serem influenciados a fim de apaziguar eventual turbacão social.

No mais, conforme literalmente exposto na Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da presunção de inocência deve vigorar até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impedindo que o acusado seja tratado como se condenado fosse, dessa forma, lhe garantindo a vedação de sua prisão, com a única exceção do instituto da prisão processual cautelar.

Por fim, além da impossibilidade de relativização da presunção de inocência diante do princípio da efetividade da tutela estatal, a soberania dos veredictos igualmente não é meio hábil à vulneração da presumida inocência do acusado, uma vez que a garantia da soberania das decisões dos jurados apenas limita e não elimina a revisão pelo segundo grau de jurisdição, ou seja, não garante à decisão dos jurados intangibilidade.

Salienta-se que das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença cabe recurso de apelação, nos termos do artigo 593, inciso III do Código de Processo Penal, sendo plenamente possível que o júízo *ad quem* efetue a cassação do julgamento realizado pelo primeiro grau e determine a realização de um novo (artigo 593, III, “d”, CPP).

Assim, injustificável a execução imediata da pena se esta poderá ser inteiramente revogada, ao passo que em sede de apelação as questões formais e de mérito poderão ser amplamente discutidas, inclusive com o tribunal avaliando se a decisão dos jurados encontrou ou não amparo probatório.

Ressalta-se que o tempo cujo o acusado permanecer provisoriamente preso não lhe será devolvido, mesmo que posteriormente advenha sua absolvição, restando, portanto, clara a violação de sua liberdade.

Ainda, é importantíssimo a realização do duplo grau de jurisdição, afinal, além de ser princípio previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, nº 2, alínea “h”, CADH), a revisão recursal é ferramenta essencial para limitar e legitimar o poder punitivo estatal dentro de um Estado Democrático de Direito. Necessidade ainda mais latente no procedimento do Júri, afinal é o tribunal popular composto por indivíduos leigos, fator este que contribui para maior probabilidade de erros, especialmente, na correta valoração das provas.

Por fim, a soberania dos veredictos é garantia individual democrática ao acusado e dessa forma, deve ser interpretada em consonância com os demais princípios fundamentais que regem o direito e o processo penal, ou seja, não pode contrariar o princípio da liberdade (artigo 5º, *caput*, CRFB), da apreciação do judiciário quanto a correta ou incorreta aplicação da lei ao caso (artigo 5º, XXXV, CRFB), da legalidade (artigo 5º, II, da CRFB), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB), da imparcialidade (artigo 5º, XXXVII e LIII, da CRFB), do duplo grau de jurisdição (artigo 5º, §2º da CRFB c/c artigo 8º, nº 2, alínea “h”, CADH) e especialmente, da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CRFB), sendo este o princípio orientador de toda a estrutura processual penal de um Estado Democrático de Direito.

Em suma, além de incongruente com o mais recente entendimento jurisprudencial supremo desfavorável a execução provisória da pena após a decisão de segunda instância (ADCs nº 43, 44 e 54), a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, passando a prever no artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal a possibilidade da execução imediata da pena proferida no Tribunal do Júri quando esta for igual ou superior à 15 (quinze) anos de reclusão, é desconsoante com os artigos 283, 313, §2º e 387, §1º todos do Código de Processo Penal.

Além disso, a limitação de 15 (quinze) anos imposta pelo artigo supracitado é vista como inconstitucional pela maior parte da doutrina, até entre aqueles favoráveis à execução provisória, uma vez que fere o princípio da isonomia.

Ante o exposto, constatou-se que é somente com o trânsito em julgado da condenação penal que a garantia da presunção de inocência cessa, por conseguinte, toda e qualquer prisão anterior a tal marco temporal/processual só estará legitimada

se for de natureza cautelar, não obstante as infundadas teses argumentativas acerca da soberania dos veredictos e da efetividade da tutela jurisdicional.

Reputa-se, portanto, inconstitucional o artigo 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, uma vez que além de violar o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição da República Federativa do Brasil), vulnera o princípio da liberdade (artigo 5º, *caput*, CRFB), da apreciação do judiciário quanto a correta ou incorreta aplicação da lei ao caso (artigo 5º, XXXV, CRFB), da legalidade (artigo 5º, II, da CRFB), do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CRFB), do duplo grau de jurisdição (artigo 5º, §2º da CRFB c/c artigo 8º, nº 2, alínea “h”, CADH) e até mesmo, da isonomia (artigo 5º, *caput* e inciso I, CRFB).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-103, apud ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

BECCARIA. **De los delitos y de las penas**. Alianza Editorial: Madrid, 1968.

BENTHAM, Jeremias. **Teorías de las penas y de las recompensas**. Paris, 1826.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma penal sob a ótica da lei anticrime**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cesar Renato. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, apud KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. **Dispõe sobre a prisão temporária.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em: 11 de mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. **Súmula 145.** Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária de 13 dez. 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 81.020/SP**, Relator: Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/02/2008, DJ 14/04/2008. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 120.167/PR**, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 04/06/2009, DJ 08/09/2009. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 44**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019, DJ 11/11/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436271/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 54**, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2019, DJ 06/05/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur403021/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451**, Relator: Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJ 30/06/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399151/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470**, Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, DJ 31/10/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur183164/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 873799**, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, DJ 26/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374290/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 913068 AGR**, Relator: Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/09/2015, DJ 16/11/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur329411/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964246 RG/SP**, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma julgado em 10/11/2016, DJ 24/11/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8782/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 58658**, Relator: Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/08/1991, DJ 26/06/1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100177/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 67.245/MG**, Relator: Aldir Passarinho, Segunda Turma, julgado em 28/03/1989, DJ 26-05-1989. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153509/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68.726/DF**, Relator: Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 28/06/1991, DJ 20/11/1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur151530/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 68658**, Relator: Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/08/1991, DJ 26/06/1992. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100177/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 79785**, Relatora: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22/11/2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15842/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.078**, Relator: Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJ 25/02/2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173893/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.662/BR**, Relator: Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 31/04/2004, DJ 22/10/2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur12199/false>. Acesso em: 9 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 88707**, Relatora: Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/09/2008, DJ 16/10/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur2461/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 97394**, Relatora: Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJ 27/02/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur204960/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 114214**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013, DJ 04/12/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur250762/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 118.770/SP**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma julgado em 07/03/2017, DJ 24/04/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur366485/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.292/SP**, Relator: Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJ 16/05/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 133528**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/06/2017, DJ 18/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371794/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135.100/MG**, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/2017, DJ 08/06/2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho836851/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 135.752/PB**, Relator: Ricardo Lewandowski, Primeira Turma julgado em 06/12/2016, DJ 03/03/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363921/false>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 141590**, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 20/11/2018, DJ 25/02/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398845/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 142621**, Relator: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, DJ 29/09/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374576/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.752/PR**, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, DJ 26/06/2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387299/false>. Acesso em: 6 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 163814/MG**, Relator: Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019, DJ 14/08/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429450/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174335/RS**, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/03/2020, DJ 07/04/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412853/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 174759**, Relator: Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, DJ 21/10/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434608/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466343**, Relator: Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2008, DJ 04/06/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1216807 AGR/GO**, Relatora: Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 31/05/2021, DJ 02/06/2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447812/false>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 111690**, Relator: Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/06/2019, DJ 07/06/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900795539. Acesso em: 8 abr. 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17-19, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CALAMANDREI, Pietro *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal. Ediciones Olejnik. p. 77, *apud* LOPES LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho. *In*: BADARÓ, Gustavo. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, cap.27, p. 5.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Livro eletrônico. Florianópolis: Tirant Brasil, 2018.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Observação geral n. 32, de julho de 2007, §50. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator:

Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020.

Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

Da inconstitucional execução antecipada da prisão no júri. Disponível em: <https://www.apitombo.com.br/post/da-inconstitucional-execu%C3%A7%C3%A3o-antecipada-da-pris%C3%A3o-no-j%C3%BAri>. Acesso em: 23 abr. 2022.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 1998. p. 105, *apud* NUCCI, Guilherme de

Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 8. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória**. 1987, p. 185, *apud* SILVÉRIO, Diana Henriques Marques. **O silêncio como garantia de direitos fundamentais das vítimas e dos arguidos no processo penal português**. Dissertação (Mestrado em Direito). Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/216/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Diana%20Silv%C3%A9rio.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

DE TOLEDO, Emilio Octavio de. **Sobre el concepto de Derecho Penal**, p. 217, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993, p. 72-101, *apud* ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, 2018. p. 721-722. Disponível em: <https://www.readcube.com/articles/10.22197%2Frbdpp.v4i2.141>. Acesso em: 07 abr. 2022.

FRANCHI, Bruno, Nuovo Codice di Procedura Penale, p. 179180, *apud* TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FEUERBACH *apud* PUIG, Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Fairea, 2003.

FILANGIERI. **Ciencia de la legislación**. Tradução espanhola, Madrid, 1822.

FISCHER, Douglas. Execução de Pena na Pendência de Recursos Extraordinário e Especial em Face da Interpretação Sistêmica da Constituição. Uma Análise do Princípio da Proporcionalidade: entre a Proibição do Excesso e a Proibição de Proteção Deficiente. *Direito Público*, ano V, n. 25, jan-fev 2006, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias**

Sociales, (julioseptiembre 2017). Disponível em:
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FLORES, Joaquim Herrera. Los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad, 2008, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017).** Disponível em:
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de processo penal comentado.** 4. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNDANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal.** 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos de derecho penal.** Barcelona, Bosch, 1984.

HASSEMER. **Los fines de la pena**, p. 137, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofía del derecho**, Espanha, 1975.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017).** Disponível em:
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

JAKOBS, **Derecho penal, parte general — fundamentos y teoría de la imputación.** Marcial Pons: Madrid, 1995.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada - artigo por artigo.** 2. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017).** Disponível em:
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 10. ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote anticrime: um ano depois**. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO, José Roberto. **Direitos humanos: princípio da vedação do retrocesso ou proibição de regresso**. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/direitos-humanos-principio-da-vedacao-do-retrocesso-ou-proibicao-de-regresso/>>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MACHADO, Leonardo Marcondes. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. v. II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schiatti. **Código de processo penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: volume II. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 91-92 “por ser uma fonte perene de erros ao apegar-se às palavras em sacrifício das realidades morais, econômicas e sociais”, *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote anticrime**: comentários críticos à Lei 13.964/2019. Livro eletrônico. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5.ed. Livro eletrônico. Florianópolis: Tirant Brasil, 2019.

MORAES, Maurício Zanoide. **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.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. Direito processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145, *apud* LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Parecer - presunção de inocência**: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 2016.

NASSIF, Aramis. **O júri objetivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares**. 1. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal - parte Geral - vol. 1**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Livro eletrônico.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal - esquemas & sistemas**. 6. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 19. ed. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 25. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Atlas, 2021.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAIVA, Caio. Soberania dos veredictos não autoriza execução imediata da condenação. **CONJUR**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/tribuna-defensoria-soberania-veredictos-nao-autoriza-execucao-imediata-condenacao>. Acesso em: 26 de abr. 2022.

PUIG, Mir. **Derecho Penal**, p. 46, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

PUIG, Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faira, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Limites da soberania dos veredictos**. Disponível: <https://www.pauloqueiroz.net/limites-da-soberania-dos-veredictos/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

RABELO, Galvão. **O princípio da ne reformatio in pejus indireta nas decisões do tribunal do júri**. Boletim do IBCCrim, v. 17, n. 203, p. 16-18, out. 2009.

RAMIREZ, Bustos; MALARÉE, Hormazábal. **Pena y estado: bases críticas de un nuevo derecho penal**.

ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha. Execução provisória de pena no projeto anticrime. p. 148. *In*: PINTO, Felipe Martins. **Presunção de inocência: estudos em homenagem ao professor Eros Grau**. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Livro eletrônico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROXIN, Claus, **Sentido y limites**. p. 26, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

SÁNCHEZ, Silva. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**, p. 412-418, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

SÁNCHEZ, Feijoo. **Retribución y prevención general**. p. 213. *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

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), *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. trad. Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1956, p. 19, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Parecer ao Instituto dos Advogados de São Paulo**. Documento impresso. 18 maio 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos & rituais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, *apud*, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivajy. **Processo penal**. 9. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

TORNAGHI, Helio. **Instituições de Processo Penal**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

VASCONCELLOS, Vinicius G. Direito ao recurso no processo penal. São Paulo: RT, 2019. p. 142, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1235340**, Relator: Roberto Barroso, Segunda Turma, julgado em 04/05/2020, DJ 12/05/2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068>. Acesso em: 8 abr. 2022.

WELZEL. **Derecho Penal alemán**. p. 11, 15 e 327, *apud*, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 28. ed. Livro eletrônico. São Paulo: Saraiva, 2022.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tradução de: Marina Gascón. 11. ed. Madri: Trotta, 2016.p. 14-17 “*debe ser como el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos*”. *apud* KURKOWSKI, Rafael Schwez. A execução provisória da pena justificada pelo trânsito em julgado da culpa na sentença penal condenatória. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (julioseptiembre 2017)**. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/pena-justificada-brasil.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.