

FACULDADE MINAS GERAIS - FAMIG
DIOGO DE FREITAS SANTOS

A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO OBRIGATÓRIA
ESTABELECIDADA PELA LEI 13.964/19 NO TRIBUNAL DO JÚRI

Belo Horizonte
2021

DIOGO DE FREITAS SANTOS

**A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO OBRIGATÓRIA
ESTABELECIDADA PELA LEI 13.964/19 NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade
Minas Gerais, com requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Rosilene Queiroz

Belo Horizonte

2021

DIOGO DE FREITAS SANTOS

**A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO OBRIGATÓRIA
ESTABELECIDADA PELA LEI 13.964/19 NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Monografia apresentada a Famig – Faculdade Minas Gerais, com requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Rosilene Queiroz

Orientador FAMIG

Prof. Ms. (Nome do Professor)

Membro (instituição de ensino)

Prof. Ms. (Nome do Professor)

Membro (instituição de ensino)

Belo Horizonte,

2021

Dedico este trabalho aos meus familiares pelo apoio incentivo ao longo da caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, ao meu pai Edmilson, minha mãe Marta e ao meu irmão Ygor pelo exemplo que sempre foram para mim. Agradeço a instituição Famig, na pessoa dos professores e colaboradores, que com muito empenho, contribuíram para o meu crescimento intelectual. Agradeço aos colegas do curso que através da paciência e da disposição apontaram caminhos em momentos que a desistência parecia ser a decisão mais inteligente. Agradeço a professora orientadora Rosilene Queiroz, que muito contribuiu para a realização da presente pesquisa. A todos, o meu muito obrigado.

A soberania dos veredictos e a presunção de inocência, como direitos fundamentais que protegem o indivíduo, não podem agigantar o Estado em detrimento do homem. (NICOLITT, 2020)

RESUMO

A liberdade é a premissa maior que rege o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na esfera penal. A presunção de inocência ou da não culpabilidade esculpida no texto constitucional, por sua vez, é o princípio garantidor deste estado de liberdade. Segundo o qual, ninguém será considerado culpado - estado que leva à condenação -, até que sejam esgotados todos os recursos no decorrer do processo. Matéria esta debatida e assentada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44, e 54 que tratavam da execução provisória da pena. A Lei 13.964/19, no entanto, alterou o art. 492, I, do CPP/41, acrescentando a alínea “e”, e assim, passando a admitir, em sede do Tribunal do Júri, a execução provisória da pena, quando esta for igual ou maior que 15 anos de reclusão, ainda que com recurso em trâmite. Um terrível equívoco do legislador, que subverteu a ordem constitucional. O objetivo aqui colimado é demonstrar a inconstitucionalidade da execução provisória da pena estabelecida pela lei em comento. Para isto, necessário discorrer acerca dos princípios constitucionais que fundamentam a liberdade como regra. Em seguida, a prisão e suas modalidades existentes no Brasil, figurando como a *ultima ratio* do direito. Consecutivamente, urge demonstrar os problemas acerca do Tribunal do Júri e a inconsistência da soberania dos veredictos para justificar a execução provisória. E isto, não só a partir do duplo grau de jurisdição, mas do atual entendimento dos ministros do STF, para enfim, reafirmar a inconstitucionalidade da medida.

Palavras-chave: Direito a liberdade como regra. Presunção de inocência. Devido processo legal. Execução provisória da penal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Freedom is the main premise that governs the Brazilian legal system, especially in the criminal sphere. The presumption of innocence or non-guilt carved into the constitutional text, in turn, is the guaranteeing principle of this state of freedom. According to which, no one will be found guilty - a state that leads to the conviction - until all remedies are exhausted in the course of the process. This matter was debated and settled by the justices of the Supreme Court in the judgment of ADCs 43, 44, and 54, which dealt with the provisional execution of the penalty. Law 13,964/19, however, changed art. 492, I, of CPP/41, adding item "e", and thus, starting to admit, in the Jury Court, the provisional execution of the penalty, when it is equal to or greater than 15 years of imprisonment, even if with appeal in process. A terrible mistake by the legislator, who subverted the constitutional order. The objective here collimated is to demonstrate the unconstitutionality of the provisional execution of the penalty established by the law in question. For this, it is necessary to discuss the constitutional principles that underlie freedom as a rule. Then, prison and its existing modalities in Brazil, appearing as the ultimate ratio of law. Consequently, it is urgent to demonstrate the problems concerning the Jury Court and the inconsistency of the sovereignty of the verdicts to justify the provisional execution. And this, not only from the double degree of jurisdiction, but from the current understanding of the justices of the STF, to finally reaffirm the unconstitutionality of the measure.

Keywords: Right to freedom as a rule. Presumption of innocence. Due legal process. Provisional execution of the penal. Unconstitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

CADH – Convenção Americana dos Direitos do Homem e do Cidadão

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

DL – Decreto-lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execuções Penais

MG – Minas Gerais

MP – Ministério Público

MPr – Medida Provisória

MS – Mandado de Segurança

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PEN – Partido Ecológico Nacional

PGJ – Procurador-Geral de Justiça

PR - Paraná

PSL – Partido Social Liberal

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	15
2.1 A liberdade como regra no ordenamento jurídico	15
2.2 Princípio da presunção de inocência.....	17
2.3 Princípio da intervenção mínima	19
2.4 Princípio da fundamentação das decisões	21
3 DA PRISÃO	24
3.1 Aspectos gerais da prisão no Brasil	24
3.2 Das modalidades de prisão existentes no Brasil, no campo penal e processual penal	29
3.2.1 Das prisões cautelares	29
3.2.1.1 Prisão em flagrante delito	29
3.2.1.2 Prisão preventiva.....	31
3.2.1.3 Prisão temporária	34
3.2.2 Prisão condenatória ou prisão-pena	39
4 DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	42
4.1 Conceito e aspectos gerais.....	42
4.2 Os jurados e suas incapacidades para julgamento	48
4.3 Da ausência de motivação nas decisões do Conselho de Sentença	50
4.4 Da desproporcionalidade e desarrazoabilidade das decisões	54
5 DAS INSTANCIAS JURISDICIONAIS	57
5.1 O duplo grau de jurisdição	57
5.2 Da revisão criminal.....	60
6 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ENTENDIMENTO DO STF	64
7 A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO OBRIGATÓRIA ESTABELECIDADA PELA LEI 13.964 NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	72
8 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

A punição sempre esteve presente na história da humanidade. Inicialmente como um procedimento cautelar, que abrangia não só a esfera penal, mas, sobretudo, a cível, a prisão possuía na essência a arbitrariedade dos julgadores e por consequência a desigualdade das penas, que não raras vezes, se traduzia em torturas e morte.

No Brasil, não foi de diferente, com a chegada dos colonizadores em terras virgens, trazendo consigo, no alforje, os resquícios do velho mundo, as penas eram inspiradas na vingança privada, e, portanto, implicavam-se, também, em torturas, banimentos e mortes.

Foram com os iluministas, todavia, que o direito adquiriu um novo paradigma, pois, não só culminou na Revolução Francesa, com a ascendência da burguesia, mas inspirou a codificação num estilo moderno em que a liberdade, a igualdade e a fraternidade eram as premissas inspiradoras desse novo ordenamento codificado. Afinal o homem deixou de ser um mero espectador histórico para se tornar o centro da história.

E não só. Foram os ideais iluministas os responsáveis ao longo do tempo pela codificação ao redor do mundo. Foram eles, inclusive, os inspiradores do primeiro Código Penal do Império, que embora, disputavam terreno com a cultura escravagista então vigente nas terras brasileiras, já sinalizavam uma mudança de mentalidade para os tempos vindouros.

A partir de então, paulatinamente o homem foi assumindo o seu papel na história, enquanto construtor desta e enquanto cidadão de direito. Tanto que, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, o homem enquanto indivíduo e enquanto ser coletivo assumiu sua posição absoluta como titular da cártula, e como detentor de um direito reputado universal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos conferiu a humanidade, sobretudo no campo penal, o direito de ser livre, de ser inocente perante o processo, de forma que toda e qualquer proposição capaz de abolir tais estruturas, deve antes ser questionada a sua validade, e no direito interno de cada Estado-nação a sua constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição cidadã recepcionou tais princípios, imprimindo neles a máxima validade, de forma a garantir que a culpa do acusado – estado que o leva a prisão – somente deverá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E ainda assim, de forma escrita e fundamentada, consoante ao ar. 93, IX da CF/88.

Ao que parece, a intenção do legislador foi justamente a de não dar margem ao Estado-juiz para a arbitrariedade, inclusive, nas prisões de ordem meramente processual.

Longe do problema do que seja o trânsito em julgado, a doutrina pátria, corroborada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal entende que este ocorre após o último recurso manejado no decurso do processo. Portanto, nota-se, a execução da pena só deve ocorrer após o julgamento do último recurso.

A Lei 13.964/19, também conhecida como ‘pacote anticrime’, no entanto, ao estranhamento do direito, trouxe novamente a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Um terrível disparate no modelo constitucional, a ponto de ser considerado um ato inconstitucional, frente ao que determina o ordenamento jurídico.

O presente trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, se propõe através da pesquisa qualitativa, e na forma dedutiva, demonstrar que a prisão compulsória inserida no art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal, através da Lei 13.964/19, se mostra claramente inconstitucional.

Portanto, para atingir o fim aqui almejado, faz *mister* num primeiro momento – segundo capítulo – discorrer sobre o princípio constitucional que justifica o estado e inocência do acusado frente a pretensão executória do Estado. E neste ínterim, demonstrar que sua atuação deve respeitar a intervenção mínima, pois a liberdade ainda é a regra, no entanto, quando intervier que a ação do Estado seja devidamente justificada.

Num segundo momento – terceiro capítulo – necessário se faz discorrer sobre o instituto da prisão no Brasil, demonstrando seus aspectos gerais e históricos, bem como, as espécies existentes na esfera penal, no direito brasileiro.

No quarto capítulo será tratada acerca do Tribunal do Júri, também, apresentando seus aspectos gerais no Brasil ao longo da história, levantando a problemática na seara da ausência de fundamentação das decisões proferidas pelo corpo de jurados, e ainda, a incapacidade destes para proferir julgamentos, o que torna a decisão nada proporcional e razoável.

No quinto capítulo urge a necessidade de uma sintética abordagem acerca das instâncias jurisdicionais, demonstrando a importância do duplo grau de jurisdição enquanto garantia de um processo justo e equânime. E ainda, a temática da revisão criminal, enquanto garantia de obter uma justa condenação, que de mais a mais, se resume na proteção da dignidade do condenado.

O sexto capítulo se presta a demonstrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena ao longo da história e o atual entendimento da matéria assentado por aquela suprema corte no ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, o sétimo capítulo, com base no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena, visa demonstrar a inconstitucionalidade da execução provisória, compulsória, inserida no código pela Lei 13.964/19, concluindo que além de um procedimento inconstitucional, a sua prevalência seria um retrocesso do direito ao estado do processo inquisitório.

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 A liberdade como regra do ordenamento jurídico

O termo liberdade é mais um daqueles termos de utilidade verdadeiramente prática, mas de difícil conceituação. Talvez por isto, afirmou Robert Alexis: “O conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais, e menos claros, visto que o âmbito de sua aplicação parece ser quase ilimitado.” (ALEXIS, 2015, p. 218)

Não obstante, algo inegável é a assertiva de que a liberdade ocupa um papel central no arquétipo social. Tão central que pode ser considerado como uma das principais condições para o desenvolvimento do homem e dos seus planos de vida. Afinal, ela indica um estado natural do homem, uma qualidade inerente à pessoa humana.

Na concepção clássica ela se mostrou inicialmente representada como uma inação do Estado, ou seja, um não intervir estatal de forma a permitir as pessoas, ou pelo menos uma parcela significativa delas a terem a máxima liberdade para exercer suas atividades, afirma Goulart:

Inicialmente, o que se defendia era a liberdade de consciência religiosa, a separação entre o Direito Penal e a religião ou, ainda, a separação entre Estado e Religião, e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de um processo penal exclusivamente determinado por regras jurídicas. (GOULART, 2019, p. 121)

Este contexto, no entanto, sofreu diversas modificações ao longo da história, e não raras vezes em rota de colisão com outros direitos de igual envergadura, o que levou grandes baluartes do pensamento ocidental como “Voltaire (1763), Beccaria (1764) e Verri (1797) debruçarem sobre tema e contestar a irracionalidade dos sistemas penais voltados para o sofrimento mais do que para a prevenção do delito e da recuperação do criminoso”, adverte Goulart. (2019, p. 122)

Basta um alçar voo aos estados totalitários do século XX e seus reflexos nas ditaduras posteriores, para ver que o direito a liberdade deu lugar ora a cultura do terror, do extermínio e do medo, ora como instrumento para o governo das massas perfeitamente obedientes. E tudo em nome da defesa da segurança.

O direito a liberdade, contudo, ainda que mencionado em declarações de direitos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, só ganhou contornos de universais a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que na afirmação de José Afonso da Silva passou a compor o preâmbulo das Constituições sob a natureza de concretas normas jurídicas positivadas. (SILVA, 2002, p. 175)

Na Constituição Federal de 1988 o direito de liberdade vem assegurado no preâmbulo como um reflexo da posição ideológica do constituinte. Contudo, é o art. 5º *caput* que lhe dá maior força normativa como um direito geral de liberdade. E é este direito geral que juntamente com o direito a vida, a igualdade, a propriedade e a segurança, que cria o que se pode chamar de “quinteto dourado” em matéria de direitos fundamentais na Constituição Federal. (SARLET, 2013, p. 2016)

Salienta-se, que o reconhecimento deste direito geral de liberdade não é uníssono entre os diversos ordenamentos constitucionais, apesar disso, sua positivação na Constituição brasileira não tem sido alvo de contestação, o que no entender de Sarlet (2013, p. 219) “pode se considerar uma vantagem institucional que tem o condão de reforçar a proteção das liberdades ao oferecer um apoio sólido em nível constitucional.”.

Não se olvide, porém, que o princípio geral de liberdade deve vir sempre conjugado com o não menos importante princípio da igualdade, pois, além de formar o alicerce da dignidade da pessoa humana, que se impõem como valor incomensurável e insubstituível, funciona como um princípio geral de interpretação das liberdades em espécies expressas ao longo do texto e da ordem constitucional.

Outra relação de valor crucial a se estabelecer com o da liberdade é com o princípio da legalidade. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, a liberdade só é assegurada mediante garantias calcadas nas organizações políticas e administrativas dos poderes, de acordo com as leis e a Constituição, adverte Sartet. (2013, p. 222). O que justifica a tônica do princípio da reserva legal “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, previsto no inciso II, do art. 5º, da CF/1988.

Portanto, repisa-se, o direito de liberdade nos ordenamentos jurídicos, principalmente no ordenamento brasileiro ocupa um lugar de destaque, seja na condição de valor, princípio ou

direito, isto porque, a arquitetura jurídico-constitucional e política brasileira foram construídas em seu todo com base da noção de um Estado Democrático de Direito com o qual guarda conexões diretas com os demais direitos fundamentais.

2.2 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, não de forma inaugural, mas num viés substancial, afirma Paulo Rangel (2015, p. 23), “teve seu marco no final do século XVIII através da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, objetivando proteger o cidadão do jugo arbitrário do Estado e de seu sistema inquisitório.”, e por conseguinte, propiciar ao acusado a persecução de um processo justo, com previsão pré-estabelecida e com a garantida da ampla defesa e do contraditório.

Para tanto, insignes pensadores como Voltaire, Beccaria e tantos outros, tiveram papéis fundamentais na luta contra esse sistema irracional e perverso até então imposto.

No pensamento de Voltaire, sobressaia a necessidade da separação entre Estado e a Religião, e, sobretudo, do reconhecimento do indivíduo como sujeito de um processo penal exclusivamente determinado por normas jurídicas. (GOULART, 2019, p. 122-123)

Em Beccaria, por sua vez, mais do que o reconhecimento do indivíduo como sujeito do processo, ele defendia a impossibilidade da culpa antes da sentença prolatada pelo juiz, ou de uma sentença condenatória fundada na dúvida da culpa ou não culpa.

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz: e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que já seja decidido ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infringir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado. (BECCARIA, 2015, p. 41)

Assim sendo, já se notava desde cedo os manifestos anseios para a formação de um sistema cujas bases ancorassem no respeito às diretrizes universais que permeasse a natureza humana. Anseios estes, que só foram encontrar respostas efetivas e universais na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, visto que em meio à barbárie experimentada pela humanidade durante a Segunda Grande Guerra, mais importante que a reconstrução dos Estados esfacelados pela guerra era a necessidade da preservação da vida.

Assim, a Assembleia da Organização das Nações Unidas, em que o Brasil foi partícipe, editou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e fez constar nela, mais precisamente em seu art. 11, § 1º, a presunção da inocência como um princípio universal a ser seguido.

Dispõe o artigo em comento:

Artigo 11. §1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DUDH, 1948)

E neste modal, como já afirmado alhures, todas as Constituições dos Estados signatários passaram a constar em seu texto como cláusula pétrea no campo dos direitos e das garantias fundamentais.

Considerado um dos pilares do Direito no Brasil, o princípio da Presunção de Inocência traz consigo um elevado potencial político-jurídico indicativo de um modelo basilar e ideológico, que afasta o processo penal hodierno do histórico modelo inquisitorial no mundo, e, sobretudo, o experimentado internamente através de sua ditadura envergonhada, onde a presunção da culpa era o ponto de partida e de chegada, caso não fosse demonstrada a inocência do acusado.

Com sua disposição no art. 5º, LVII da CF/88, é possível afirmar que a presunção da inocência é o princípio responsável pela manutenção da liberdade do cidadão. “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988)

E assim o sendo, a prisão apenas se justifica após a sentença penal condenatória com o trânsito em julgado, e a prisão processual a qual somente encontra sua guarida, nas estreitas limitações constitucionais de caráter cautelar e vinculadas a necessidades do processo.

A propósito, infere-se das lições de Eugenio Pacelli que a Constituição de 1988 sequer falou em presunção de inocência, mas ao contrário, afirmou o seu estado enquanto valor normativo

a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, que abrange tanto a fase investigatória, quanto a processual propriamente dita. (PACELLI, 2014, p. 497)

Entendimento este, corroborado por Nestor Távora (2013, p. 54) ao afirmar que “a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”.

Neste contexto, a presunção de inocência se serve de quatro funções básicas, que no entender de Alexandre de Moraes resume na limitação à atividade administrativa, no condicionamento da interpretação das normas vigentes, no critério de tratamento extraprocessual e na obrigatoriedade da prova por parte do acusador, que a seu turno condiciona a atividade probatória à acusação e veda taxativamente esta, na ausência do corpo probatório (MORAES, 2007, p. 339-340)

Tudo isto porque, se o acusado está sob a ameaça do cometimento do delito, também se faz ameaçado pela pena arbitrária, de tal sorte que a presunção de inocência é o instituto mais eficaz a lhe garantir não só a liberdade, mas a segurança, e o dever de tratamento que expressa à confiança na justiça e no Estado Democrático de Direito.

2.3 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima é a sinonímia de que o direito penal deve ser aplicado em *ultima ratio*, ou seja, “deve ser a última fronteira no controle social a ser aplicada, uma vez que seus métodos atingem de maneira mais intensa a liberdade individual”. (ESTEFAN; GONÇALVES, 2012, p. 106)

Decorrente da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o princípio em comento se deu como forma de garantir que a intervenção estatal no plano individual se dê apenas quando estritamente necessária. É o que dispõe o art. 8º da Declaração: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.” (DDHC, 1789)

Assim sendo, percebe-se, a leitura do dispositivo em evidência demonstra que o princípio da intervenção mínima além de limitar intervenção do estado no plano individual, orienta o legislador na escolha do bem jurídico a ser tutelado, evitando a criação de tipos penais iníquos, que acabam por gerar não só um crescimento patológico da legislação penal, conhecido como *nomorreia*, “como também a criação de penas vexatórias à dignidade humana”. (MASSON, 2014, p. 64)

Destarte, afirma Masson (2014, p. 64) que a intervenção mínima tem como destinatários principais o legislador no ato de recomendá-lo a eleger com cautela as condutas dignas de proteção penal, mas também o operador do Direito quando constatar que a pendência pode ser satisfatoriamente resolvida por outros ramos do sistema jurídico.

Pela intervenção mínima, tem-se que o Direito Penal é um Direito subsidiário e fragmentado. A propósito, a subsidiariedade é o reflexo imediato da intervenção mínima, isto porque, o Direito Penal é cabível unicamente quando outros ramos do Direito e os demais meios estatais se revelarem impotentes para o controle da ordem pública.

(...) o direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens Jurídicos tutelados. (NUCCI, 2011, p. 87)

Quanto à fragmentariedade do Direito Penal, esta se materializa na ideia da seletividade do bem jurídico a ser tutelado, ou seja, o Direito Penal não pode tutelar todos os bens jurídicos, mas deve tutelar os mais importantes e dentre estes os de maior gravidade, afirma Jesus:

O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário. (JESUS, 2011, p. 52)

Portanto, notas-se, o princípio da intervenção mínima, serve como um limitador não só da atuação estatal em relação à liberdade individual, mas como um filtro à reserva legal.

No Direito brasileiro a intervenção mínima finca suas raízes nas garantias constitucionais da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade reafirmando o

princípio da dignidade da pessoa humana, que a propósito é um dos princípios fundamentais da República Federativa.

2.4 Princípio da fundamentação das decisões

A expressão fundamentar traz em sua semântica a ideia de alicerce, fundação, sustentáculo, isto é, aquilo que sustenta, que mantém de pé toda uma construção, de forma que sua ausência põe ao chão todo o resto da arquitetura.

No campo jurídico, talvez o melhor conceito pudesse ser encontrado nas palavras do ministro Gilmar Ferreira Mendes, quando afirma que, motivar significa dar as razões pelas quais determinadas decisões não de ser adotadas. Ou seja, expor as justificativas e os motivos fático-jurídicos determinantes. (MENDES, 2009, p. 558-559)

Inegável pensar que um judiciário forte e justo tem papel de extrema relevância na construção de um Estado soberano. No entanto, incumbe à sociedade participar da legitimação desse poder, a partir da fiscalização do cumprimento dos mandamentos constitucionais, em especial, o cumprimento do princípio da motivação. Estas são as leciona Durval Salge Júnior. (2002, p. 53)

Assim, devidamente expressa no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, e replicada no art. 11 do Código de Processo Civil, a fundamentação das decisões judiciais se mostra como uma garantia salutar para o exercício da ampla defesa e do contraditório, corroborando assim, com a efetividade do devido processo legal. Portanto, “mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão”. (MENDES; STRECK, 2013, p. 1324)

Aqui, vale lembrar que de acordo com o conceito formulado por Gilmar Mendes, a fundamentação não se resume apenas na exposição do fundamento legal da decisão, ela deve também, expor as razões que conduziram o juízo ou o tribunal a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir a celeuma posta em decisão. É o que se extrai também do art. 489 e incisos, do Código de Processo Civil, enquanto elemento essencial da sentença. Até porque, somente a fundamentação permite a avaliação racional da decisão, e a clareza de que esta predominou sobre o poder da força, afirma Aury Júnior. (2014, p. 786)

Lado outro, a decisão motivada não só permite o controle crítico da decisão prolatada, que a seu turno possibilita o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos da decisão, mas, e, sobretudo, demonstra às partes que a decisão se funda nos princípios legais, o que possibilita uma atuação mais equitativa entre os litigantes do processo, atendendo ao princípio da isonomia.

Rodrigo Ramina de Lucca elenca sete razões que justificam a natureza constitucional dessa motivação e assim as descrevem:

(a) racionalização da atividade jurisdicional; (b) controle da juridicidade da decisão; (c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; (d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias; (e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa e aumentar o tempo de meditação sobre ela; (f) redução do número de recursos; e (g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores. (LUCCA, 2016, p. 80)

O princípio da motivação das decisões judiciais ainda faz saltar aos olhos a temática acerca da segurança jurídica. Tema bastante conhecido no direito até por quem não é jurista e que comumente é retratado no campo do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

José Afonso da Silva consigna que “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.” (SILVA, 2006, p. 133). Ou seja, é um conjunto de condições pelas quais permite que o cidadão reflita antecipadamente sobre os seus atos e suas possíveis consequências.

É cediço que o papel do julgador não se resume apenas em declarar a lei, embora deva declará-la. Ele deve antes de tudo, interpretar o direito e extrair a solução no caso em concreto, procurando sempre o caminho da neutralidade, diga-se, da imparcialidade, da clareza e da objetividade. Nesse sentido, o que objetivou o legislador ao tornar obrigatória a motivação das decisões judiciais foi justamente levar o direito para o campo cognitivo do jurisdicionado, de forma a torná-lo sujeito do processo.

Perceba-se então que a motivação das decisões corrobora sobremaneira com o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, além de vincular as interações entre direito, processo e a própria função jurisdicional.

3 DA PRISÃO

3.1 Aspectos gerais da prisão no Brasil

Contrária à liberdade, a prisão deve ser a última medida punitiva a ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, dada à gravidade dos efeitos de sua aplicação de forma indevida.

O art. 5º, LXI da Carta Magna traz em seu comando que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988), ou seja, ressalvados os casos de transgressões ou crimes militares, a prisão como corolário ao Direito Penal, deve ser a *ultima ratio* do Direito.

Contudo, essa não foi a orientação máxima dos ordenamentos jurídicos ao longo da história. Na Grécia Antiga e em Roma o encarceramento esteve muito presente na vida dos indivíduos, e este encarceramento, diferentemente da ideia da sanção penal, estava atrelado a outros fatores de ordem social, como liquidação de dívidas, que a seu turno, eram matérias essencialmente cíveis. Talvez por isto, Carrara¹ citado por Estefam e Gonçalves tenha ousado dizer que “os romanos eram gigantes como civilistas e pigmeus no Direito Penal.”.

Ainda assim, mesmo não sendo os romanos exímios penalistas, a retirada do direito das mãos dos deuses e o posto no plano terreno já foi a sua grande contribuição para o aperfeiçoamento do direito no mundo.

Na idade Média, da mesma forma que na Idade Antiga, a prisão exercia um papel meramente custodial, ou seja, estava vinculada a persecução de um fim, que era a verdadeira pena. Contudo, mesmo sendo esta um meio, os requintes de crueldades eram visíveis. As sanções penais eram desiguais, a depender da condição social e política do réu, sendo demasiadamente comuns o confisco, a mutilação, os açoites, a tortura e as penas infamantes, afirma Mirabete

¹ CARRARA *apud* ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte geral. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

(2001, p. 38). Com isto, o arbítrio judiciário criava em torno da justiça penal uma atmosfera de incerteza, insegurança e verdadeiro terror em exercício da defesa do Estado e da religião, assevera Bitencourt: “A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão-custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até perceber o perdão real.” (BITENCOURT, 1993, p. 18)

Ainda neste período sombrio da história, surgia no interior dos mosteiros à prisão eclesiástica, oriunda do Direito Canônico. (BITENCOURT, 2012, p. 1265)

Destinada aos clérigos rebeldes que por motivo ou outro agia em desacordo com os ensinamentos proferidos por sua ordem, se submetiam a estas penas como um meio de expiação dos pecados antes cometidos e conseqüentemente um retorno à fé professada.

A base do direito penal é formada pelos Direitos Romano, Germânico e Canônico, vindo deste último os primeiros passos dados em direção à humanização da pena. Esta passava a ser vista como expiação, daí por que a pena de morte deveria ser substituída pela restrição da liberdade, conservando-se a vida do agente e permitindo sua correção por meio da penitência. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 59)

Nota-se, que a própria nomenclatura das casas de detenção hoje utilizada – “penitenciária” – decorre desta modalidade de prisão penitencial empregada como ato expiatório decorrente do Direito Canônico, que a seu turno, teve uma parcela de contribuição para o direito hoje vigente.

O período humanitário do Direito Penal, todavia, se deu no final do século XVIII, no chamado período iluminista, sobretudo, em 1764, a partir da obra magistral de Cesare Beccaria, o marquês de Beccaria, intitulado como “Dos delitos e das penas.” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012, p. 60)

Nas lições de Júlio Mirabete, Beccaria formulou em sua obra alguns princípios básicos do Direito Penal, os quais foram adotados pela Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, e assim os elencou:

1. Os cidadãos, por viverem em sociedade, cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por essa razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontece nos casos da pena de morte e das sanções cruéis. 2. Só

as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente. 3. As leis devem ser conhecidas pelo povo, redigidas com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos. 4. A prisão preventiva somente se justifica diante de prova da existência do crime e de sua autoria².

A partir de então, sob a influência do ideal da razão iluminista, o homem moderno foi, paulatinamente, tomando consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico e conseqüentemente foi dando lugar a ideia de humanização e busca por justiça em detrimento da pena meramente execratória.

No Brasil, a história da prisão não foi diferente, afirma Nucci (2011, p. 81) com a chegada dos portugueses em um território essencialmente indígena, em que não possuía um direito penal organizado, nem tampouco civilizado, as penas eram inspiradas na vingança privada, e, portanto, implicando-se em torturas, banimentos e mortes.

As Ordenações Filipinas, até então a mais longa das ordenações existentes no Brasil, trazia em seu escopo, penas cruéis e desproporcionais, sem qualquer sistematização, além da arbitrariedade dos Senhores neofeudais, que longe da Coroa possuíam um poder ilimitado para julgar e administrar os seus interesses, leciona Bitencourt:

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes. (BETENCOURT, 2012, p. 173)

A legalidade, portanto, era algo estranho ao ordenamento do Brasil colonial. Em verdade a pena a ser aplicada ficava ao arbítrio do julgador, que como dito alhures, era detentor de um poder de mando ilimitado.

A Independência do Brasil, ocorrida em 1822 fez surgir um novo ordenamento jurídico e conseqüentemente a necessidade de um código capaz de reger toda a matéria de ordem penal. Destarte, em 1830, Dom Pedro I sanciona o Código Criminal do Império.

² BECCARIA, 1764, *apud* MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Direito Penal. vol. 1, 170. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

Formado de um lado nos ideais iluministas e do outro na cultura escravagista, o Código Criminal do Império trouxera consigo patente conflito de interesses, afirma Aguirre:

Ainda que os reformadores de viés liberal tenham podido implementar uma série de medidas tendentes a criar um sistema judicial moderno, estes tiveram um impacto limitado em uma sociedade organizada em função de drásticas divisões sociológicas (livres x escravos). (AGUIRRE, 2009, p.49)

Isto porque, mesmo tendo sua base fundada no discurso liberal, o sistema penal brasileiro ainda mantinha suas raízes na escravidão e na vontade do detentor de terras, sinônimo da punição convertida em penas cruéis e desiguais aos escravos em relação aos homens livres.

O Código, contudo, mesmo contemplando a pena de morte, as penas de galés e de degredo, trouxe consigo a prisão como pena fundamental a ser aplicada, isto pelo menos em tese, visto que a pena de prisão só foi verdadeiramente posta em prática em 1850, através da inauguração da Casa de Correção da Corte do Rio de Janeiro, afirma Bretas:

Esta prisão era uma irônica personificação dos sonhos dos reformadores. Planejada nos anos de 1830 pela Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional e baseada no modelo pan-óptico, nunca foi concluída. A primeira ala foi inaugurada em 1850, tornando-se a Casa de Correção. A segunda foi construída alguns anos depois e reorganizada como outra prisão, a casa de detenção, enquanto as outras alas nunca foram construídas (BRETAS, 2009, p. 190).

E que de mais a mais, na prática, não conferiu nenhuma mudança em relação ao sistema imposto no período colonial, devido às árduas penas e as condições insalubres, fazia com que a prisão permanecesse no campo da indiferença e do esquecimento no ordenamento então vigente.

Com a instauração do Regime Republicano, em 1890 foi criado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Este, com arrimo no discurso científico procurava eliminar tudo e todos que representassem uma ameaça à segurança do Estado, leciona Zaffaroni (2003, p. 443) “Nessa conjuntura se dissipou a intervenção higienista, trazendo a figura do ‘doente mental’, influenciando as decisões judiciais da época e contribuindo para a criação de manicômios judiciários, que ainda podemos constatar na atualidade”.

Neste novo código, preleciona Motta (2011, p. 295) a pena privativa de liberdade se tornara o centro do sistema penal, seja na forma disciplinar, no trabalho obrigatório, no estabelecimento agrícola, ou na prisão celular.

Não obstante, até mesmo os eleitos a ocuparem espaços nos centros prisionais passaram do escravo ao jogador de capoeira, ao imigrante, às prostitutas, os vadios, os ébrios e os afrodescendentes. E neste contexto, perceba-se, um sistema altamente racista, excludente e marginalizador.

Segundo Anderson Silva (2012) com o advento da Constituição Republicana ocorrida em 1891, o qual extinguiu as penas de galés e de banimento, trouxe em sua redação a função ressocializadora da pena de prisão. E neste contexto, o regime penitenciário passou a ter um caráter correcional, ou seja, a prisão passou a ser um meio de regeneração do delinquente.

O Código Penal de 1940 promulgado em 1942, também fincou suas raízes na ideia de regeneração do condenado, leciona Rita de Cássia Lopes da Silva (1998). Para tanto, considerou como meio mais adequado para atingir os fins colimados, o sistema progressivo da pena.

Nesse sistema, que a seu turno, compreende quatro fases distintas, se inicia pelo breve período de isolamento noturno e diurno até atingir a segunda fase que é a de convivência com os outros presos no período diurno. A terceira fase compreende o livramento condicional até que se alcance o último estágio que é a liberdade definitiva. (SILVA, 1998)

Ademais, previa o código, medidas de seguranças onde autores de crimes eram classificados como imputáveis e inimputáveis, dando início ao sistema duplo binário.

Embora a legislação tenha sofrido alterações significativas, as maiores e mais significativas alterações se deram com o advento das Leis 7.209/84 e 7.210/84. A primeira, porque extinguiu as medidas de segurança para os imputáveis; determinou como máxima a pena de trinta anos e considerou como penas privativas de liberdade à reclusão e a detenção. Esta última, também conhecida como Lei e Execução Penal, por regular a disciplina carcerária. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 196)

Portanto, há que notar que a política penal desenvolvida no Brasil ao longo da história se fez pura e simplesmente no viés da exclusão, ou seja, o cárcere por todos esses anos se mostrou o ambiente favorável àqueles que incomodam o Estado – de preferência, os de *status* inferior. Tanto é que segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), lançados no primeiro semestre de 2020, o número de presos atinge a marca de 759.518, sendo 33.47% deles presos provisoriamente, e do total, a sua maioria, negros. (DEPEN, 2020)

Portanto, nota-se que o problema reside não apenas na falta de estrutura ou de assistência, mas no fato de que as políticas empreendidas estão focadas apenas nos efeitos da criminalidade e não nas causas a que originam.

3.2 Das modalidades de prisão existentes no Brasil, no campo penal e processual penal

Considerando a prisão como a privação do direito de liberdade de locomoção, isto é, como a restrição de um direito constitucional de ir e vir, ela deve ser considerada a última medida a ser aplicada no direito penal, visto que, como já mencionado, a nocividade dos efeitos de sua aplicação de forma indevida é de natureza incalculável.

No Direito Penal brasileiro o paradigma da prisão se dá em dois gêneros, sendo um de natureza processual e o outro de natureza condenatória. O de natureza processual, e por isto cautelar, vincula a prisão ao resultado útil do processo, ao passo que, a prisão em seu sentido estrito, vale dizer, prisão-pena, como o próprio nome sugere, exige necessariamente a prolação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

3.2.1 Das prisões cautelares

3.2.1.1 Prisão em flagrante delito

Expressamente prevista no art. 5º, LXI da Constituição Federal e regulada pelos art. 301 a 310 do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante delito consiste na certeza visual da prática do crime, ou seja, indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da infração penal e, por isto, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial, leciona Reis e Gonçalves (2013, p. 313).

Notadamente a doutrina traz o conceito da prisão provisória na sua modalidade própria, isto é, na modalidade prevista no art. 302, I e II do CPP/41, assim disposta: “considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – quem acaba de cometê-la.” (BRASIL, 1941). No entanto, o Código traz ainda outras modalidades de prisão em flagrante delito diversas da modalidade própria, quais sejam as modalidades imprópria e presumida.

Na modalidade imprópria prevista no inciso III do art. 302 do CPP/41, diferentemente da própria contida no inciso II do mesmo dispositivo, a perseguição ininterrupta é a linha divisora que diferencia uma da outra. Ou seja, na concepção do inciso II o lapso temporal é não existente – “logo após” – ao passo que na concepção do inciso III o rigor temporal é menor - Admite um intervalo de tempo maior entre a prática do delito, a apuração dos fatos e o início da perseguição ininterrupta, é o que se extrai do pensamento de Fernando Capez. (2012, p. 315)

O dispositivo cautelar comporta ainda a prisão na modalidade flagrante presumido, conforme o disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal. Nesta modalidade, que dispensa a perseguição ininterrupta, o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração. (BRASIL, 1941)

Outra modalidade de prisão em flagrante é a de caráter compulsório ou obrigatório disposto na segunda parte do art. 301 do CPP, que nada mais é do que um comando legal direcionado às autoridades policiais e seus agentes. Diz o texto: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. (BRASIL, 1941)

Nota-se, que o legislador dispensou ao cidadão a faculdade de efetuar ou não o flagrante, já às autoridades policiais e seus agentes a mesma lei impôs o dever de ação. Destarte, essa é uma modalidade de flagrante que comporta todas as demais, visto que, tanto na modalidade própria, imprópria e presumida, o dever de ação das autoridades policiais e de seus agentes é sempre um dever de rigor, enquanto exercício regular de direito.

Não obstante, a doutrina ainda elenca outras modalidades de prisão em flagrante, como o flagrante esperado; o flagrante prorrogado ou retardado; o provocado ou esperado e o

flagrante forjado, os quais não são de interesses do presente trabalho, mas que merecem ser citados apenas a título de elucidação.

Para os doutrinários constituem em prisão em flagrante, o flagrante esperado, que regra geral é aceito no ordenamento jurídico brasileiro, por entender que a sua efetividade recai no critério do flagrante próprio contido no inciso I do art. 302 do CPP. (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 564)

Por força do art. 8º da Lei 12.850/2013, o flagrante prorrogado ou retardado, contrariamente ao flagrante esperado, só é permitido na sua excepcionalidade, e mesmo assim, quando se tratar de organizações criminosas, e desde que o juiz seja previamente comunicado. (BRASIL, 2013)

No que concerne ao flagrante provocado ou preparado, o STF através da Súmula 145 entendeu que “não há crime quanto à preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”, portanto, uma modalidade de flagrante não acolhido pela legislação pátria.

Por derradeiro, adverte Alexandre Reis e Victor Gonçalves (2013, p. 317), o mesmo entendimento aplicado ao flagrante provocado ou preparado aplica-se ao flagrante forjado, haja vista a inexistência do delito, contudo, aquele que pratica o flagrante forjado responde pelo crime de denunciação caluniosa e por abuso de autoridade se for funcionário público.

3.2.1.2 Prisão preventiva

A prisão preventiva encontra sua tutela nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal. Considerada a mais ampla das modalidades de prisões cautelares, afirma Nestor Távora (2013, p. 579), mostra-se ela, “uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual”. Contudo, afirma o autor, “deve ser medida de exceção, e, portanto, interpretada restritivamente” (TAVORA; ALENCAR, 2013, p. 580).

No disposto do art. 311 do CPP/41 têm-se que: “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do

Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (BRASIL, 1941)

Portanto, chama-se a atenção ao fato de ela ser a única modalidade de prisão cautelar que a legislação permite sua decretação durante todas as fases da persecução penal, o que faz dela o ponto de referência para as demais prisões de natureza cautelar. Isto porque, a ausência da necessidade de sua decretação faz sucumbir à persistência da prisão em flagrante. Por outro lado, inexistindo os motivos que a autoriza, a prisão temporária deve ser revogada ao seu final. É o que leciona Paulo Rangel.

(...) essa modalidade de prisão deve ser vista como o ponto único e exclusivo de toda e qualquer prisão cautelar de natureza processual, pois, se não houver necessidade de se decretar a prisão preventiva, a prisão em flagrante não deve persistir (vide, inclusive, a redação do art. 31 O, II, do CPP) e, se não existirem os motivos que autorizam a prisão preventiva, a prisão temporária deve ser revogada ao seu final. (RANGEL, 2015, p. 804)

Para a decretação da prisão em comento, faz-se necessário a demonstração probatória da existência do crime, revelando com acuidade a materialidade e o *fumus commissi delicti*, isto é, os indícios da autoria ou participação do acusado no cometimento da infração, conforme dispõe o art. 312 *caput* do CPP/41. E tudo isto, fitando a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal – *periculum libertatis*. (BRASIL, 1941)

Logo, ressalta-se, que, os motivos fundantes para a decretação da prisão encontram-se no rol das hipóteses do art. 312 do CPP/41, corroboradas com a concretude dos elementos previstos no art. 313 do mesmo diploma legal, quais sejam:

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; (BRASIL, 1941)

Em apertada síntese, poder-se-ia dizer, nos crimes dolosos com pena superior a 04 anos; nos casos de reincidência onde o acusado tenha sido condenado por sentença transitada em

julgado por crime doloso, e em caso de violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso, pessoa enferma ou com deficiência mental.

Ainda no que dispõe o art. 311 do CPP/41, mesmo numa leitura simples, fazem saltar aos olhos alguns comandos normativos que merecem as devidas considerações. A primeira delas é o fato de que a prisão preventiva só existe para os crimes dolosos, excluindo, portanto, os crimes culposos. O segundo ponto é: somente poderá ser decretada por ordem judicial fundamentada, seja a requerimento do MP, do querelante, do assistente ou por representação da autoridade policial. Assim, percebe-se, sempre por provocação, e a sua decretação sempre fundamentada consoante ao art. 315 do mesmo diploma, não podendo a autoridade judiciária se valer da mera gravidade abstrata do crime. A terceira consideração é que a nova redação retirou do juiz a possibilidade da decretação da medida *ex officio*, ou seja, em nenhum momento, em nenhuma fase da persecução penal o juiz poderá decretar a medida cautelar. Com isto, no silêncio do legislador, fez surgir um conflito aparente de normas em relação ao art. 20 da Lei 11.340/06, que dispõe sobre a decretação da medida protetiva pelo juiz, por ofício, nos seguintes termos: “Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”. (BRASIL, 2006)

No dispositivo da lei extravagante, dispõe que ao juiz caberá decretar de ofício a medida cautelar, contudo, a nova redação do Código de Processo Penal lhe tirou essa possibilidade, fazendo surgir ali um conflito aparente de normas.

A doutrina não é uníssona, parte dela tem manifestado pela impossibilidade da aplicação da medida de forma *ex officio* na lei em comento, conhecida como Lei Maria da Penha. E aqui citando Rogério Sanches Cunha:

A limitação introduzida no CPP tem incidência na Lei Maria da Penha, a impossibilita o juiz de decretar, *ex officio*, a prisão preventiva. Não há mais assim, essa possibilidade, em posicionamento que, de resto, rende homenagem ao princípio acusatório, a evitar que o juiz adote medidas de cunho persecutório. (CUNHA, 2020, p. 260)

Isto porque, na visão do autor, quando há esse conflito de normas deve prevalecer à regra do art. 12 do CP/40 e, portanto, fazendo valer a regra do art. 311 do CPP/41.

Por outro lado, autores como Andrey Borges Mendonça defende a ideia de que alguns temas devem ser tratados de maneira diferenciada devido ao seu valor na sociedade. Diz o autor:

Admitimos que o tema é delicado, pois atinge valor muito caro para o processo penal, que é o sistema acusatório. Todos os argumentos trazidos por aqueles que elogiaram a alteração legislativa (...) são corretíssimos, não fosse uma questão que faz com que toda a discussão mude de roupagem: é que a violência doméstica e familiar contra a mulher praticada no contexto da Lei Maria da Penha encontra-se dentro do eixo de efetivação dos direitos humanos; ela é uma medida especial de caráter temporário que visa acelerar o processo de diminuição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Tal característica faz com que sejam admitidas em seu bojo que determinadas matérias sejam abordadas de forma diferenciada. (MENDONÇA, 2016, p. 452)

Em verdade, o que quer dizer o autor é que a Lei Maria da Penha é norma especial, e, por isto, deve prevalecer sobre a regra geral do CPP/41.

Perceba, o tema é espinhoso e ainda não existe um consenso na doutrina, todavia, todas admitem caber aos Tribunais avaliar e dar a solução do conflito.

Cabe ainda o registro de que embora o juiz não possa de ofício decretar a prisão preventiva, excetuada até o momento, a questão do art. 20 da Lei Maria da Penha, o juiz pode, nos termos do art. 316 do CPP/41, revogar a prisão preventiva de ofício, ou a requerimento em qualquer fase da persecução penal, quando verificar a falta de motivo para que ela subsista.

Diante disso, perceba, a intenção do legislador foi justamente evitar o conflito de papéis no processo penal, isto é, evitar que o juiz faça às vezes da acusação, do investigador, o órgão judicante, que na visão dos mais sensatos, deve ficar no ordenamento jurídico do passado.

3.2.1.3 prisão temporária

A prisão temporária é uma medida privativa da liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a possibilitar as investigações de crimes considerados graves, durante o inquérito policial. É o que abstrai do pensamento de Reis e Gonçalves. (2013, p. 343)

Ao contrário da prisão em flagrante e da prisão preventiva que são medidas cautelares reguladas pelo Código de Processo Penal, a prisão temporária, que também é uma medida cautelar, vem disciplinada pela Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989. Contudo, vale lembrar

que, quando da aplicação desta medida no caso concreto, ainda que regulada por lei extravagante, é de rigor se estar atento quanto aos critérios da necessidade e da adequação dispostas no art. 282 e incisos do CPP/41, e que devem ser aplicadas em toda e qualquer medida cautelar.

Instituída logo após a promulgação da Constituição Federal, a prisão temporária, veio ao mundo jurídico com a única e exclusiva função de regular a cultura policial então vigente, que utilizava da prisão para averiguações ou identificação dos suspeitos, sem qualquer intervenção judicial, inclusive nas buscas e apreensões, adverte Aury Júnior (2014, p. 638)

Portanto, o seu cabimento dirige-se apenas e exclusivamente à tutela das investigações policiais, não podendo, contudo, ser pensada após a instauração da ação penal. A propósito, esta afirmação encontra-se claramente manifesta nas expressões – inquérito policial e indiciado – contidas no art. 1º e incisos da Lei 7.960/89, e que são terminologias próprias da fase inquisitorial.

Quanto a sua decretação, o artigo 2º da lei em comento, impôs a cláusula de reserva jurisdicional, afirma Távora e Alencar (2013, p.594), assim, somente a autoridade judiciária a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação da autoridade policial, ou seja, a pedido do Ministério Público ou mediante a exposição dos motivos pela autoridade policial é que pode ser decretada. Logo, nunca de ofício. Não obstante, sempre atentando para a necessidade de sua aplicação para a investigação ou a instrução criminal e a adequação da medida à gravidade do crime, consoante ao art. 282, incisos I e II do CPP/41.

Superada desse modo, a restrição da medida à fase inquisitorial, a prisão temporária só é cabível nas condições e nos crimes previstos no art. 1º, incisos I, II e III da Lei 7.960/89, que assim dispõe:

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) sequestro 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 sequestro (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; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas 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.(Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016) (BRASIL, 1989)

Contudo, atentando para os demais crimes que incorporaram o presente dispositivo através das Leis de nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e de nº 13.260/16 (Lei de Terrorismo).

Urge salientar que a importância desse ato vai justamente ao encontro aos prazos determinados pelo *mandamus*, para que o indiciado se mantenha preso. Via de regra esse prazo é de 05 dias, podendo ser prorrogado por igual período, nos termos do art. 2º da respectiva Lei 9.760/89. Todavia, nos casos em que o crime é cometido nos termos da lei dos crimes hediondos e/ou nos termos da lei do terrorismo, conforme extrai do art. 2º, § 4º da Lei 8.072/90, o prazo transcende para 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período. Extrai-se da inteligência de Capez (2012, p. 343-344). Com isto, encerrado o prazo, deve o indiciado ser posto em liberdade.

Uma vez dito isto, percebe-se que duas outras afirmativas são possíveis ser abstraídas deste art. 1º. A primeira delas é a de que a prisão temporária coaduna apenas aos crimes, desprezando, portanto, as contravenções penais. A segunda é o fato de que só comportam aos crimes dolosos, descartando, assim, os crimes de natureza culposa, conforme as lições de Rangel. (2015, p. 849-850)

Ainda acerca deste art. 1º da Lei 7.960/89, muito se discutiu sobre quais elementos deveriam estar presentes, para justificar a decretação da medida, ou seja, seria necessária a cumulação dos três incisos, ou se apenas um ou dois já seriam o suficiente para a aplicação da medida.

A doutrina não é uníssona, todavia o entendimento majoritário é o de que basta a cumulação de dois elementos para que a medida possa ser imposta, e que entre esses dois elementos, o inciso III possui natureza obrigatória, visto se tratar de prisão com fundamentação vinculada. Do contrário, isto é, “se não for um dos vários crimes elencados pelo legislador, a prisão

temporária torna-se ilegal, passível de ser atacada por *habeas corpus*”, afirma Rangel. (2015, p. 848-849).

De forma sucinta seria o mesmo que dizer, melhor que cumulasse todos os elementos, uma vez, porém, não sendo possível, não importa se seja o inciso I ou II, bastando que o inciso III esteja presente, é cabível a prisão temporária.

Há muito se discute acerca da constitucionalidade da Lei 7.960/89, e da medida cautelar por ela regida.

Paulo Rangel, árduo defensor de sua inconstitucionalidade, o faz a partir da demonstração do vício formal de sua origem. Em síntese apertada, o mestre leciona que a respectiva prisão foi criada pelo Executivo através da Medida Provisória nº 111/89, ou seja, legislou sobre matéria que é de competência da União, e que, portanto, deveria ser tratada no Congresso, nos termos da art. 22, I da CF/88. (RANGEL, 2015, p. 846-847).

De igual forma, aduz a inconstitucionalidade material da prisão temporária a partir da assertiva de que em um Estado Democrático de Direito é impensável, sobretudo admissível ter que prender para em seguida investigar, isto é, para obter a certeza de que o indiciado é efetivamente o autor do crime. (RANGEL, 2015, p. 846-847). Medidas que rechaçam o princípio da presunção de inocência.

No entanto, no dia 08 de novembro de 2000, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 254818/PR que pugnava pela inconstitucionalidade da referida lei, o Supremo Tribunal Federal considerou a inadmissibilidade de uma medida provisória tratar de matéria de Direito Penal, contudo admitindo essa inovação por ela ter trazido ao ordenamento norma penal mais benéfica que a contida no ato normativo anterior.

EMENTA: I. Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal - extraída pela doutrina consensual - da interpretação sistemática da Constituição -, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade. II. Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições. III. MPr 1571-6/97, art. 7º, § 7º, reiterado na reedição subsequente (MPr 1571-7, art. 7º, § 6º), mas não reproduzido a partir da reedição seguinte (MPr 1571-8 /97): sua aplicação aos fatos ocorridos na vigência das edições

que o continham, por força da cláusula de "convalidação" inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo (STF, RE: 254818 PR. Rel: Min. Sepúlveda Pertence. Data Julg.: 08/11/2000, Tribunal Pleno; Data Publ.: DJ 19/12/2002) (STF, 2000)

E ainda, com a convalidação inserida na lei de conversão, com eficácia de decreto-legislativo. Trocando em miúdos poderia se dizer que é vedado às Medidas Provisórias tratarem de matérias de Direito Penal, que a seu turno compete ao Congresso Nacional, porém, no caso em comento, tais tratativas, foram convalidadas por suas reedições subsequentes, em benefício do réu, e que ao final foram convalidadas pelo art. 12 da Lei 9.639/98. (BRASIL, 1998)

Quanto à inconstitucionalidade material da prisão temporária, tramita no STF a ADI 3360 proposta pelo Partido Social Liberal (PSL) e a ADI 4109 proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), ambas sob a relatoria da ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, e que se encontram suspensas, em virtude do pedido de vista requerido pelo então ministro Edson Facchin. (STF, 2020)

De antemão o que se tem em vista é que ministra Carmem Lúcia conheceu da Ação Direta, julgando-a parcialmente procedente para, sem redução de texto, atribuir interpretação conforme a Constituição da República ao art. 1º da Lei n. 7.960/1989, e com isto admitindo seu cabimento desde que presentes cumulativamente as hipóteses dos incisos I e III ou I, II e III. (STF, 2020)

Já o ministro Gilmar Ferreira Mendes, que também proferiu seu voto divergindo da ministra relatora, julgou parcialmente procedente, fundamentando que a decretação da prisão temporária só é autorizada quanto cumulativamente for verificado, em síntese, que a sua imprescindibilidade para a investigação do inquérito policial for pautada em elementos concretos e não meras conjecturas. Vedando, portanto, a utilização da prisão para averiguação; quando houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado no crime, o que descarta de imediato as analogias e as interpretações extensivas; quando justificada em fatos novos e contemporâneos conforme art. 312, §2º do CPP; quando adequada à gravidade concreta do crime e as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado, e assim, respeitando os limites previstos no art. 313 do CPP, e por último, quando

não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, consoante ao art. 282, §6º do CPP. (STF, 2020)

Portanto, veja-se, o embate travado acerca da matéria, encontra-se ainda, no limiar das divergências, aguardado pela posição dos demais ministros, para só então se ter um veredicto final.

3.3 Prisão condenatória ou prisão-pena

Não é difícil perceber que toda prisão, em qualquer lugar do mundo, traz consequências deletérias para a sociedade, para o indivíduo, seja ele o indiciado, seja ele o apenado, sobretudo, nesse último caso, em que se presume a prisão condenatória, ou prisão-pena. Exemplificando, o tempo máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade no ordenamento brasileiro era de 30 anos conforme dispunha o art. 75 do CP. Contudo, o dispositivo em comento obteve nova redação, a partir da edição da Lei 13.964/19 (Pacote anticrime) ampliando para 40 anos.

Imagine um apenado vivendo as duras penas, por todo esse tempo em um sistema carcerário, como todos os problemas estruturais, econômicos, humanitários. Imagine o quanto é dispendioso para o Estado ter de bancar toda essa estrutura e por tão longo prazo, imagine o que o apenado não deixou de viver e aprender no mundo externo? Principalmente em tempos em que as informações e à tecnologia avançam de maneira sem precedente. Os prejuízos sofridos por todas as partes são incalculáveis. Sem contar nos sistemas carcerários a dignidade é quase que uma utopia.

Portanto, para que se apliquem quaisquer dessas medidas extremas, a observação dos princípios constitucionais é um dever que se impõe. Em destaque, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); o princípio da presunção de inocência, ou na não culpabilidade (art. 5º, LVII); o princípio da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, XXXIX); o princípio do devido processo legal (art. 5º LIV), o princípio da anterioridade; o princípio da humanização (art. 5º, XLIX), o princípio da pessoalidade ou intranscendência (art. 5º XLV); princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; princípio da individualização da pena (5º, XLVI), dentre outros.

Isto, porque, tais princípios servem não apenas como garantidores da dignidade do indiciado ou do apenado, mas, também, como limitadores do poder punitivo do Estado, de forma a impedi-lo do uso imoderado da força o elevando ao status do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O instituto da prisão no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se disciplinado no art. 33 *caput* do Código Penal, bem como no art. 6º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal), e que numa leitura bastante superficial, pode se afirmar que ela se dá nas espécies da reclusão, da detenção e na prisão simples.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado à execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL, 1940)

Art 6º Quem, depois de punido administrativamente por infração da legislação especial sobre a caça, praticar qualquer infração definida na mesma legislação, ficará sujeito à pena de prisão simples, por quinze dias a três meses. (BRASIL, 1941)

Diante de tais dispositivos, nota-se que, ao contrário das prisões cautelares, que objetivam a garantia do resultado final útil do processo, a prisão condenatória ou prisão-pena, objetiva a “satisfação da pretensão executória do Estado”, afirma Capez (2012, p.74)

Assim sendo, pode se afirmar que ela é a mais grave das sanções prevista pelo ordenamento jurídico-penal, e, portanto, tornando-se o centro do sistema penal, leciona Dotti. (2013)

A propósito, tamanha é a força valorativa da expressão, e quem sabe até depreciativa, que no senso comum, pensar o Direito Penal é pensar na prisão e em suas consequências.

Na visão de Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 565) a prisão-pena nada mais é do que uma forma de “sofrimento imposto pelo Estado ao autor do fato delituoso, na execução de uma sentença penal, como forma de retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica abalada”.

A partir do conceito empreendido torna-se notório a imprescindibilidade da sentença penal condenatória com o seu trânsito em julgado, para que seja dado início a execução. Isto, porque, nos termos do art. 5º, LVII da Constituição Federal “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988)

Noutro giro, também é cristalina as funções reconhecidas na pena como forma de justificar o *jus puniendi* do Estado perante o jurisdicionado.

Na Teoria da Pena, é defesa a ideia de que a pena traz consigo as funções retributiva, preventiva e reintegrativa, conforme se abstrai dos arts. 59 do CP/40 e o art. 1º da Lei 7.210/84, também conhecida como Lei de Execuções Penais.

Em apertada síntese, é possível dizer na teoria eclética, a pena deve exercer três funções, sendo, a de retribuir ao condenado o mal por ele praticado (retribuição), sem prejuízo de desestimular a prática de novos ilícitos penais (prevenção), e ainda, para que no futuro ele possa, com o integral cumprimento da pena ou com o livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito (NETO, 2012, p. 25-26)

Contudo, autores como Luiz Flávio Gomes (2006) e Tourinho Filho (2004, p.6) vêm reafirmando o nítido descumprimento dessas funções da pena, e por tanto, sendo ela resumida apenas no mero enclausuramento do condenado, sem que lhes sejam oferecidas quaisquer assistências, o que acaba gerando efeitos devastadores na personalidade da pessoa, em flagrante descumprimento do art. 1º da LEP.

4 DO TRIBUNAL DO JURI

4.1 Conceito e aspectos gerais

Proveniente do modelo inglês, que por sua vez, foi inspirado nos moldes clássicos da Grécia antiga e do Direito Romano, o Tribunal do Júri foi introduzido no direito brasileiro em 18 de junho de 1822, por decreto do príncipe regente, atendendo ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. (NUCCI, 2015, p. 58).

Considerado por muitos como um modelo de justiça essencialmente democrático, o Tribunal do júri desde a sua instalação em território brasileiro já demonstrava sinais de interesses políticos. Isto porque, teve a sua implantação em terras colonizadas antes mesmo que no território colonizador, e, sobretudo, para conter a dissidência da imprensa que passara a editar leis contrárias aos interesses da Corte portuguesa, afirma Guilherme Nucci. (NUCCI, 2015, p. 58)

Ainda há quem diga que o referido tribunal, por longo período serviu para acobertar os interesses escusos dos coronéis do sertão, e graças a isto, culminou na inserção de sua competência na Constituição Federal de 1988:

Essa inserção da competência do Júri na Carta de 1988, inicialmente prevista na Constituição de 46, “deveu-se a vontade dos coronéis do sertão, que, mandando matar seus oponentes, desejavam o julgamento de seus mandatários no tribunal do povo”. Assim, ocorrendo à pressão pela absolvição seria imensa, atendendo aos anseios políticos da época (NUCCI, 2015, p. 35)

Ao que se registra na história, o júri popular, inicialmente, se ocupava tanto das causas cíveis como criminais, conforme a lei determinasse. No entanto, paulatinamente sua competência foi se minimizando, até que em 1946, a competência tornou-se mínima para os crimes dolosos contra a vida. E inda, inserido no campo das garantias individuais, passou a ser regido pelos pilares da soberania dos veredictos, sigilo das votações e plenitude da defesa. (NUCCI, 2015, p. 59)

Decerto que no período do regime militar, que durou de 1964 a 1985, o júri foi mantido para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, contudo, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, lhe suprimira a garantia da soberania dos veredictos, afirma Bandeira (2010, p. 31). O que

numa conjectura política tal qual vigorava no país, não era de se esperar decisão de modo contrário.

Ocorre que, com o resgate da democracia no Estado Brasileiro, e conseqüentemente, com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, o júri popular se manteve na ordem das garantias fundamentais para julgar os crimes dolosos contra a vida, e ainda, manteve a égide dos pilares antes suprimidos, quais sejam a plenitude da defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos, conforme a leitura do art. 5º, XXXVIII da CF/88. (BRASIL, 1988)

A plenitude da defesa, que não deve ser confundida com a ampla defesa, até pela sua amplitude e complexidade, se pauta na ideia de que para o convencimento do Conselho de Sentença, as partes poderão se valer de argumentos de ordem social, cultural, econômica, moral, religiosa e etc., ou seja, argumentos que transcendem a dimensão técnica, meramente jurídica, tal qual se exige no princípio da ampla defesa e do contraditório. (STRECK, 2013, p. 328)

No que diz respeito ao sigilo das votações, a expressão por si só, já diz tudo, argumenta Marcio Schlee Gomes (2010, p. 44) “desde o início do julgamento, ao momento em que este é lançado na urna, o jurado não pode manifestar sua intenção de voto nem pode sofrer qualquer influência para isso, de modo a cabrestear sua soberana decisão”. Ou seja, o princípio vai de encontro à incomunicabilidade do jurado de forma a garantir a privacidade de sua soberana decisão.

A soberania dos veredictos, quer dizer que a última palavra é a dos jurados que compõem o Conselho de Sentença, ou seja, na visão de Nucci (2015, p. 43) “cuida do poder supremo sobre o qual não há outro.”.

Contudo, em que pese tal afirmativa, não se olvide acreditar que tal princípio exerça um caráter absoluto e onipotente, pois, pensar assim, seria incorrer em grande erro. Isto porque, sendo o Tribunal do Júri um órgão do Poder Judiciário, suas decisões, excetuando o mérito, submete-se ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 593 do CPP/41.

Portanto, pensar o júri popular como imperativo de pura justiça, pode ser um equívoco, visto que os jurados são seres humanos e não estão imunes a erros e imperfeições, de sorte que é imperativo o controle judicial da decisão do Tribunal do Júri, adverte Bandeira (2010, p. 250)

Estruturado em um modelo escalonado, ou bifásico, o Tribunal do Júri, nos termos do art. 74, §1º, do CPP/41, exerce sua competência apenas nos crimes dolosos contra a vida, sejam eles na forma tentada ou consumada. (BRASIL, 1941)

A primeira fase, também conhecida com sumário de culpa, é a fase instrutória do processo, ou seja, é onde tudo começa. Por ela é realizada a produção de provas como o objetivo de apurar a existência de crime doloso contra a vida e, pelo menos, de indícios de autoria do réu.

Um tanto parecida com o procedimento comum, a fase instrutória começa pelo oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ou a queixa-crime pelo querelante em caso de omissão do *Parquet*, nas ações subsidiárias da pública. O seu desfecho final é a prolação da sentença, que a seu turno pode levar a quatro resultados distintos, a saber: pela absolvição do indiciado, nos termos do art. 415 e incisos, do CPP/41, quando provada à inexistência do fato, ou não ser ele o autor ou participe do crime, ou o fato não constituir infração penal e por fim quando demonstrada causa de isenção de pena ou exclusão do crime. (BRASIL, 1941) Contra a decisão de absolvição caberá recurso de apelação nos termos do art. 416 do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Na sentença proferida, conforme preceitua o art.74, §2º do CPP/41, o juiz poderá ainda decidir pela desclassificação do crime, ou seja, o crime ali existente possui natureza diversa daqueles de competência do júri. Neste caso a desclassificação é própria, portanto, o processo será remetido ao juízo competente. Contudo, existe a desclassificação na modalidade imprópria, isto é, o crime ali apresentado se mostra em natureza diversa, no entanto, a nova natureza ainda é de competência do júri. Neste caso, ocorre a pronúncia e processo remetido ao Júri popular. (BRASIL, 1941) Nos casos de desclassificação, caberá o recurso em sentido estrito, conforme preceitua o art. 74, §2º do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Outro efeito da sentença é a impronúncia, que nos preceitos do art. 414 do CPP/41 ocorre quando for concluído pela inexistência suficiente de materialidade, ou autoria apta a levar o caso ao júri. E neste caso, o juiz dará fim ao processo. Conquanto não for extinta a

punibilidade, nova denúncia poderá ser proposta, desde que haja novas provas, conforme o parágrafo único do artigo em comento. Nos termos do art. 416 do CPP/41, contra a decisão de impronúncia caberá o recurso de apelação. (BRASIL, 1941)

Por fim, quando a conclusão do processo se der pela existência do crime doloso contra a vida e houver indícios de autoria, o juiz, nos termos do art. 415 do CPP/41, pronunciará o indiciado e neste caso o processo será remetido ao júri popular. (BRASIL, 1941)

A pronúncia, segundo entendimento de Nucci (2015, p. 109) é decisão interlocutória mista, isto, pois, julga a admissibilidade da acusação encerrando a fase de formação de culpa e inaugura a fase que levará ao julgamento de mérito.

Nesse sentido, nota-se que a segunda fase do procedimento no Tribunal do Júri, também conhecida como *Judicium causae*, se inicia com a pronúncia do indiciado, que fundamentadamente pelo juiz, limitar-se-á na indicação da materialidade do fato, da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, especificando ainda as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, atendendo ao disposto no art. 413, §1º do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Nos termos do art. 447 do CPP/41, o Tribunal do júri é composto por um juiz togado, exercendo a função de presidente, e 25 (vinte e cinco) jurados, os quais serão sorteados 07 (sete) para compor o Conselho de sentença em cada sessão de julgamento. Vale ainda esclarecer que o serviço prestado ao júri popular é de natureza obrigatória, podendo sua recusa imotivada acarretar pena de multa, nos termos do art. 436 do mesmo diploma. (BRASIL, 1941)

Para a instrução do processo deverão estar presentes além do juiz presidente, pelo menos 15 (quinze) dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados. Desses 15 serão sorteados os 07 (sete) para compor o Conselho de Sentença preceitua o art. 463 do CPP/41. Vale ressaltar que, quando do sorteio dos 07 jurados, tanto a acusação quanto à defesa poderá fazer a recusa imotivada de 03 (três) deles, conforme dispõe o art. 468 do mesmo diploma. (BRASIL, 1941)

Por força do art. 457 do CPP/41, a presença do réu não é obrigatória no julgamento em plenário, e uma vez estando presente, o uso das algemas só lhe será imposta, quando

absolutamente necessário, nos termos do art. 474, §3º do CPP/41, ou quando este apresentar perigo de fuga, resistência, ou em caso de perigo a sua integridade física ou a integridade de terceiro, sumulou o STF, através da Súmula Vinculante nº 11. (STF)

A propósito, cabe destacar que a ameaça à integridade física do acusado, pode ser motivo de desaforamento do julgamento, ou seja, pode o júri popular ser levado para outro local em que apresentar maior segurança, conforme preceitua o art. 427, caput do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Iniciada a sessão do júri, nos termos do arts. 473 e parágrafos, do CPP/41, depois de prestado o compromisso pelos jurados, o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado, nesta ordem, tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, quando possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. Neste ato, findada a oitiva da acusação, passa-se, então, a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, que neste caso, incumbe ao defensor do acusado formular as perguntas antes mesmo que o Ministério Público e o assistente, quando houver. (BRASIL, 1941)

Nesta fase poderão os jurados fazer perguntas através do juiz presidente, além de requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, bem como, esclarecimentos e leitura de peças exclusivamente adstritas às provas colhidas por cartas precatórias, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis, nos termos do art. 473, §3º do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Por derradeiro, uma vez ouvida à vítima, se possível, a oitiva de acusação e da defesa, passa-se então à interrogação do acusado, quando presente, que nos termos do art. 474 do CPP/41 poderão lhe ser formuladas perguntas diretas pelo Ministério Público, pelo assistente, pelo querelante e por último, pelo defensor. Neste ponto, urge salientar, que, também os jurados poderão formular suas perguntas, nos termos do art. 474, §2º do CPP/41, que se dará através do juiz-presidente, que neste ato além de presidente é um espectador, com participação subsidiária. (BRASIL, 1941)

Encerrada a instrução, nos termos do art. 476 do CPP/41 inicia-se a fase de debates, onde será concedida a palavra por 01h: 30min à acusação e defesa, nesta ordem, e uma hora para a réplica e tréplica, na mesma ordem, nos termos do art. 477 do Código. (BRASIL, 1941)

Na síntese do art. 478 do CPP/41, ficam vedadas às partes, sob pena de nulidade, fazer referência à decisão de pronúncia, ou decisões posteriores que possam induzir as convicções dos jurados a decidirem por esse ou aquele caminho.

Encerrados os debates, inicia-se a fase de votação. Seja na sala secreta ou na ausência desta, no próprio plenário, em que o juiz mandará ser esvaziado para o início da votação, conforme dispõe o art. 485, §1º do CPP/41. (BRASIL, 1941)

Neste momento será feita a quesitação ao Conselho de Sentença, que utilizando do princípio do sigilo das votações, deverão permanecer incomunicáveis e respondendo apenas através das cédulas que lhes serão apresentadas, conforme o disposto no art. 486 c/c art. 487 do CPP/41. (BRASIL, 1941)

A quesitação, na leitura do art. 483 c/c art. 489 do CPP/41 é composta por perguntas acerca da materialidade do crime, da autoria, se o júri absolve o acusado, se foram encontradas causas de diminuição de pena, qualificadoras e causa de aumento, sendo que para que o acusado seja condenado ou absolvido, necessário à obtenção da maioria dos votos, ou seja, pelo menos 04 (quatro) dos 07 (sete) votos. (BRASIL, 1941)

Sendo o réu absolvido, este será posto em liberdade automaticamente. No entanto, sendo ele condenado caberá o recurso de apelação e assim, lhe assegurando a liberdade até que lhe seja julgado o último recurso, para que seja dado o início do cumprimento da pena. (BRASIL, 1941)

O recurso de apelação, via de regra, possui efeito suspensivo enquanto houver questões substanciais que podem levar a revisão da condenação. No entanto, com o advento da Lei 13.964/19, o art. 492, I, “e” do CPP/41, que trata da sentença e seus efeitos sofreu severa alteração, quando, na segunda parte de seu texto veio à determinação de que:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (...)
e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos; (BRASIL, 1941)

A pena igual ou superior a 15 (anos) anos de reclusão, enseja a ‘execução provisória’ da pena. Um despautério, que dividiu a doutrina no discurso da constitucionalidade e da inconstitucionalidade do dispositivo, que a seu turno, este será tema reservado para um capítulo próprio neste trabalho.

4.2 Os jurados e sua incapacidade para julgamento

Na doutrina pátria o argumento que predomina entre os defensores do júri popular é o de que se trata de uma instituição essencialmente democrática, e, que, portanto, os jurados devem gozar de independência para prover suas decisões (SOUZA; TORTATO, 2019, p. 6-9). Todavia, em que pese tais afirmativas, pensar que 07 (sete) jurados, escolhidos aleatoriamente, para participarem de um julgamento seja algo democrático, é reduzir ao extremo o sentido do que seja uma democracia. Até porque, os jurados estão demasiadamente suscetíveis às pressões e influências políticas, econômicas e, principalmente midiáticas, sem o devido preparo para as questões técnicas de que seja o processo. Extrai-se da maestria de Aury Lopes Júnior (2020).

Ademais, continua o autor (JÚNIOR, 2020), os jurados sequer possuem a representatividade democrática necessária, vez que, na prática, em sua maioria são membros de segmentos bem definidos, como, aposentados, donas de casa, estudantes, e, sobretudo, funcionários públicos, que a bem de um julgamento equânime não possui nenhuma representatividade democrática.

Nesse sentido, afirma Paulo Rangel:

Tal sistema, inclusive, é fruto do serviço público brasileiro, pois na iniciativa privada o empregado não pode se dar ao luxo de permanecer sem trabalhar à disposição da Justiça, muito menos o profissional autônomo (taxista, por exemplo) ficar um dia sem trabalhar. A regra legal de que não poderá haver desconto nos vencimentos do jurado (art. 441 do CPP, com redação da Lei nº 11.689/2008) é falaciosa, só servindo mesmo para o servidor público, porque para o empregado da iniciativa privada o que há é pior do que desconto: dispensa. (RANGEL, 2018, p. 96)

Portanto, percebe-se que em sua massa esmagadora, quem julga são sempre aqueles os quais as classes a que pertencem estão acima das classes às quais pertencem os acusados. Nesse sentido, afirma Rangel (2018, p. 93) “o discurso tradicional e falacioso é de que o povo julga

seus pares, mas sem dizer que esse povo é a sociedade organizada e incluída no sistema de um mundo globalizado e excludente”.

Por outro lado, o formato da escolha dos jurados em si, denota a falta de representatividade para aquele *múnus*, pois, o ato de ser sorteado, em momento algum demonstra a vontade da sociedade para o exercício daquele anseio.

Paulo Rangel adverte, que, em verdade o compromisso desses funcionários, em larga escala, não é com a justiça ou o com o exercício da cidadania, mas com obrigatoriedade imposta pela lei, e mais, com os dias em que ficarão sem trabalhar, parados à disposição da justiça. (RANGEL, 2018, p. 94-95)

Nesse mesmo sentido, relatou Fábio Ferraz de Almeida, em seu artigo “Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do Júri de Juiz de Fora/MG.”, ao concluir que “não há nenhum sentido cívico na participação dos jurados no júri. Vez que, são eles inseridos numa cadeia de procedimentos burocratizados e juridicizados e aparecem na rotina de trabalho do tribunal apenas marginalmente”. (ALMEIDA, 2014, p. 271)

Essa obrigatoriedade imposta, por conseguinte, além de contrapor o exercício da cidadania, propicia o desinteresse do jurado na busca por conhecimento e aperfeiçoamento, corroborando então para o despreparo dos jurados em compreender na sua essência as teses que fundamentam a retórica do debate.

Wellington César da Silva, servidor público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em seu artigo intitulado como “Júri: entre a soberania e a falta de conhecimento dos jurados”, traz o exemplo que ilustra bem a afirmativa em comento.

Nesses quinze anos de Tribunal do Júri, na qualidade de servidor da justiça, tivemos a oportunidade de verificar verdadeiras “aberrações”, como a de jurados que diante da quesitação não compreendendo palavras como agravante, atenuantes, dentre outras, como homicídio simples ou qualificado (...), começarem a chorar e dizer que não tinham condições de julgar porque não haviam entendido a quesitação e, somente após horas de exaustiva explicação por parte do Juiz Presidente, termos o fim da sessão com o seu respectivo julgamento, contudo, sem sabermos até hoje se realmente os jurados compreenderam a quesitação ou para se livrar daquela situação, “simplesmente votaram”. (SILVA, 2007)

Assim, perceba, em um relato feito em tempos pretéritos, e que não soa nada de estranho nos dias de hoje, confiar os julgamentos dos crimes graves a um corpo de indivíduos que em sua maioria não possuem conhecimentos técnico-jurídicos suficientes, é no mínimo incongruente. Até porque, conclui Silva (2007) a essência do ato decisório, requer uma prévia cognição e compreensão da complexidade jurídica.

4.3 Da ausência de motivação nas decisões do conselho de sentença

Extraí-se das lições de Nucci, que a doutrina majoritária tem concordado que, embora não esteja expressamente no rol do art. 92 da Constituição Federal de 1988, que trata dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, o Tribunal do Júri por encontrar permissiva na Carta Magna para julgar crimes dolosos contra a vida, torna-se de forma implícita, órgão do Poder Judiciário (NUCCI, 2015, p.60).

E os argumentos que corroboram com esta afirmativa, explana o autor, podem ser encontrados ao longo da legislação. Tem-se como exemplo, a própria composição do júri, quando dispõe que um juiz togado se prestará à sua presidência. E ainda, quando em seu art. 78, I, o CPP/41, prevê que no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a do júri. (NUCCI, 2015, p.60-61). E nesta afirmativa, perceba a tônica do texto “concurso entre a competência do júri e a de outro órgão do Poder Judiciário”, o que, na via inversa, já demonstra ser ele órgão do Poder Judiciário.

Não bastasse o art. 593, III, “d” do CPP/41 prever a possibilidade de recurso contra as decisões do Tribunal do Júri ao Tribunal de Justiça, o que denota ser ele órgão do Poder Judiciário, pois, do contrário, respeitando o princípio do duplo grau de jurisdição, que é princípio constitucional, o próprio Tribunal do Júri teria o seu órgão recursal de Segunda Instância - O que no ordenamento brasileiro não existe. Portanto, é de se reafirmar que “o Tribunal do Júri é sim, órgão do Poder Judiciário”. (NUCCI, 2015, p.61)

Pois bem, superada essa questão, tem-se então, o tema da motivação das decisões. O inciso IX do art. 93, da Constituição Federal de 1988, prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (BRASIL, 1988). Tem se assim, que, o princípio em comento, além de uma autêntica garantia fundamental, trata-se um alicerce necessário para a segurança jurídica do caso

submetido ao judiciário, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88, e, que, na melhor doutrina, fortalece ainda mais o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, percebe-se que o artigo em comento, qual seja, o art. 93, IX da CF/88, trouxe consigo tamanha elasticidade semântica que superou, inclusive, a obrigatoriedade da motivação imposta aos titulares das togas, no ato da prolação de suas decisões. Isto porque, o conteúdo não restringiu apenas às decisões dos magistrados em si, mas, a todos ‘os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Ao que parece, a intenção do legislador pátrio não foi outra, senão aquela, de trazer ao Estado-juiz, maior segurança em suas decisões, e ao ordenamento como um todo, a transparência destas decisões e a informação nelas contidas, corroborando para o sagrado direito da recorribilidade da decisão.

Essa afirmativa foi consignada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do MS 24.268/04, que mesmo se tratando de matéria do direito administrativo, permitiu a extração de seus fundamentos para todos os ramos do direito.

No julgado, o ministro afirma que a fundamentação das decisões se propõe à garantia de que:

a) a parte tem direito a informação, que obriga o órgão julgador informar a parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) direito de manifestação, que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. (STF. MS: 24.268/MG. Rel: Min. Ellen Gracie. Voto Vista: Gilmar Mendes, p. 169. Data de Julgamento: 05/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Public: DJ 17/09/2004) (STF, 2004)

Nesse contexto, torna-se perceptível a importância da motivação nas decisões judiciais, e isto, não apenas por se tratar de uma regra ancorada na Constituição Federal, através do art. 93, IX, e no Código de Processo Penal, pelo art. 381, III, mas, pelo fato de ser garantia processual, que permite às partes reivindicar quaisquer incongruências na decisão, além de permitir maior controle sobre a atividade jurisdicional. Ou seja, um autêntico dever constitucional de prestação de contas que determina a integridade e coerência do Direito.

Este dever constitucional, no entanto, e ao que parece, deixou à margem as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença em sede do Tribunal do Júri, isto, “porque não há no ordenamento jurídico qualquer menção à fundamentação das decisões no âmbito do Tribunal do Júri.” (GUIMARAES, 2018, p. 65). O que faz ressoar a prevalência do julgamento baseada no subjetivismo da íntima convicção dos jurados.

O modelo do júri adotado no Brasil despertou na doutrina posições bastante antagônicas. Alguns doutrinadores, como Aramis Nassif, defensor árduo do atual modelo, defende a ideia de que o júri tal qual existe no Brasil, além de sustentar os traços da democracia, impede a contaminação da vontade do jurado, no seu sagrado dever de julgar.

Creio firmemente que o sistema brasileiro de deliberação é muito melhor que o norte-americano (ou qualquer outro), na medida em que, orientada a série de quesitos pelo Juiz de Direito, que a elabora nos limites da acusação e na amplitude da defesa, e votada na presença do Ministério Público, acusador particular ou assistente da acusação, e da defesa, preservados o sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, evita-se a influência entre os julgadores de fato. Fácil concluir que a contaminação da vontade do jurado, já intimamente convicto, é evitada. Poupa-se-lhe, inclusive, de sofrer a influência da lei do mais forte, da ditadura do intelectual, da submissão do tímido pelo extrovertido, da sedução e tantas outras hipóteses opressivas possíveis de ocorrer sob o regime anglo-americano entre os indivíduos-jurados, enquanto debatem na sala especial. (NASSIF, 2008, p. 145)

Na visão do douto magistrado, a adoção do sistema baseado no sigilo das votações além de corroborar com a busca do voto livre e independente, torna o jurado ausente da interferência de forças estranhas ao seu livre convencimento.

Por outro lado, Paulo Rangel, de forma mais ampla, crítica o modelo do Tribunal do Júri brasileiro, afirmando, em síntese, que não só o sigilo das votações, mas, e, sobretudo, a incomunicabilidade dos jurados, deixa de produzir o espelhamento da realidade do verdadeiro significado do órgão. (RANGEL, 2018, p. 91). Ou seja, na visão do autor, a linguagem é um instrumento que traz a representatividade e fortalece o exercício da democracia processual.

O fato de um jurado poder influenciar outro, durante a discussão da causa, não pode, por si só, obstar o exercício da linguagem. Tal influência, se houver, é fruto do sistema democrático de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido, pois a eleição comum de candidatos a cargo público também está sujeita a tal influência e nem por isso perde seu caráter de representatividade popular. No júri, quanto maior for à discussão da causa, mais representativa será a decisão dos jurados. (RANGEL, 2018, p. 91)

Assim, é na comunicação que se promove o debate entre a causa e norma a ser aplicada, ou seja, é na comunicabilidade que se extrai uma decisão mais aceitável, e se de outra forma não puder, pelo menos, que seja a menos injusta possível. Isto, pois, do contrário “é notório que, quando se acredita com intensidade numa coisa, há um ponto cego para aquele ponto antagônico daquela coisa, por se considerar aquele segundo ponto indubitavelmente infactível”. (SOUZA; TORTATO, 2019, p. 13)

A ausência da motivação tal qual estão inseridas nas decisões do júri, vem propagada nos art. 482 ao art. 491 do CPP/41, de que tratam as quesitações aos jurados e o procedimento adotado. (BRASIL, 1941)

Na verbalização do parágrafo único, primeira parte, do art. 482 do Código, têm-se, que, “os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão”. (BRASIL, 1941)

Ao que se pode inferir, a quesitação nada mais é do que um jogo de perguntas, cujas respostas permeiam entre o ‘sim’ e o ‘não’, sem qualquer exigência de fundamentação sobre a opção escolhida, isto é, sem qualquer critério objetivo que levara o seu convencimento, apenas a sua subjetividade.

A ausência desta motivação além de ser considerado um contrassenso que agride o sistema processual penal, conduz a decisão do jurado á outro tipo de violência como o rechaço de outras garantias constitucionais, afirma Guimarães:

Há, como se pode ver, grave ofensa aos principais princípios do ordenamento, tais como o devido processo legal, a plenitude da defesa, o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência, o in dubio pro reo, dentre vários outros já mencionados no capítulo anterior, já que se trata de um julgamento sem a menor motivação. (GUIMARAES, 2018, p.66)

Portanto, completamente destoante dos comandos principiológicos e garantidores da Constituição, e daquilo que a texto maior previu para as decisões dos órgãos judiciais.

Em verdade, apesar de o júri ser considerado um direito do acusado à liberdade, pensá-lo, da forma como ele é estruturado hoje, é concluir pelo oposto, uma vez, que, como demonstrado, a forma com que acontecem suas decisões, baseadas apenas na convicção íntima e no silêncio

do jurado, tende mais a restringir direitos que os garantir, uma vez que, tolhe qualquer chance de defesa, já que não há como saber as razões que levaram os jurados àquela decisão.

4.4 Da desproporcionalidade e desarrazoabilidade das decisões

Assim como a liberdade esposada no primeiro capítulo, conceituar proporcionalidade e razoabilidade, não é matéria fácil de fazer, isto se dá em função de seu vasto campo de empregabilidade. Sobretudo, quando posto no campo dos princípios, notadamente é outro termo de difícil conceituação.

De acordo como Humberto Ávila:

(...) a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. (ÁVILA, 2006, p. 138)

De Plácido e Silva conceitua a razoabilidade como sendo “o critério de interpretação da norma que parte do pressuposto do acerto de sua fonte racionalista, pela ideia de que a norma decorreu de uma construção cerebrina e que visa a objetivos lógicos.” ao passo que, a proporcionalidade “refere-se à adequada relação que deve existir entre a ação e o resultado ou entre os valores protegidos pelas normas jurídicas”. (SILVA, 2014, p. 1.692-1.748)

Em simples palavras, pode se dizer que tais princípios, objetivando expurgar todo e qualquer excesso, consistem na interpretação da norma, de forma a atender adequada e proporcionalmente o caso concreto.

Os princípios em comento, não foram expressamente positivados na Constituição Federal, contudo, a doutrina majoritária tem admitido que são decorrentes do devido processo legal esposado no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, e o seu objetivo maior é o do não esvaziamento dos direitos humanos, isto é, no objetivando o sentido de consolidar, efetivar os direitos humanos, os direitos fundamentais, sobretudo o direito a liberdade. É o que se extrai do pensamento de Suzana de Toledo Barros, quando diz:

A filosofia ao Direito, o princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história de defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de o poder de coação do monarca, chamado de poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. (...) O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi à ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existem direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII. (BARROS, 2003, p. 37)

Assim, tem-se, que, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade exerce um papel de extrema importância no direito. De forma que a sua falta leva o direito no caminho da injustiça, vez, que, “o seu postulado básico é a contenção dos excessos do Poder Público.” (MENDES, 2013, p. 431)

Em síntese apertada, poder-se-ia dizer que os princípios em comento nada mais são do que a escolha baseada numa adequação entre o “isto” e o “aquilo” de forma a se chegar um resultado, onde a justiça não resida no excesso e nem da falta. Afirma Barroso (2003, p.224) “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valor voltado para os atos do Poder Público para aferir se eles estão adequados ao valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”.

É na busca da justiça que reside à problemática em torno das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, pois, como exigir de um corpo de jurados, uma decisão minimamente razoável ou proporcional ao paradigma do que seja a justiça, se estes além de suscetíveis as pressões midiáticas, econômicas dentre outras forças externas, carecem de uma mínima estrutura psicológica.

Ademais, a liberdade de convencimento que lhes são atribuídas é de tamanha amplitude, que, se permite um julgamento sem qualquer relação com os fatos apresentados, isto é, permite o jurado utilizar de quaisquer critérios por ele escolhido na sua íntima convicção, o que acaba por dar margem ao arbítrio judiciário, conforme anuncia Lima Esteves:

O silêncio no tribunal do júri gera o que há de pior na teoria da culpabilidade, eis o famigerado direito penal do autor, grande conhecido do Código de Processo Penal brasileiro e que se funda não no fato praticado pelo autor, mas, sobretudo em sua personalidade, em seus antecedentes e aspecto físico. Na medida em que aos jurados se permite julgar através, apenas da íntima convicção, dificilmente será possível afastar o direito penal em plenário, pois nesse contexto se analisa tudo, menos o fato

e o indivíduo, uma vez condenado no banco dos réus resta estigmatizado. (ESTEVEES, 2013)

E percebe-se, os jurados que já carecem de conhecimento legal e dogmático mínimo para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise da norma penal e processual aplicável ao caso, bem como uma razoável valoração da prova, (JUNIOR, 2014, p.8), na interpretação do art. 472, parágrafo único, do CPP/41 só tem acesso à parte do processo tardiamente, isto é, próximo ao julgamento da causa, justificando, portanto, sua convicção apenas no discurso retórico da defesa e da acusação.

Atrelada a esta problemática estrutural do Júri, tem-se ainda o problema da imprensa de massa, que no afã da notícia, ou pelo menos na venda dela, condena o acusado mesmo antes de seu julgamento.

Portanto, nota-se que a ausência de motivação, retira do condenado, o direito de compreender os motivos que fundam a sua condenação. Por outro lado, lhe tolhe o direito a um processo justo, legal, amparado pela ampla defesa e o contraditório.

5 DAS INSTÂNCIAS JURISDICIONAIS

5.1 O duplo grau de jurisdição e seu papel como garantia de direitos

Tendo sua previsão expressa na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, o princípio do duplo grau de jurisdição, sinaliza que durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à recorribilidade da sentença primeira ao tribunal superior. (CADH, 1969)

Assim sendo, não é difícil afirmar que o instituto em questão nada mais é do que a “possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior.” Afirma Djanira Sá. (1999, p. 88)

A Constituição Federal de 1988 não previu de forma expressa o princípio em epígrafe, portanto, parte da doutrina, busca no próprio sistema constitucional e na organização estrutural do Poder Judiciário a sua justificativa. Leciona Greco Filho.

A garantia do duplo grau de jurisdição não está prevista no rol do bastante citado art. 5º, mas decorre do sistema constitucional. A estrutura do poder judiciário é escalonada em graus de jurisdição, afirmando o texto constitucional em várias passagens a competência para julgar “em grau de recurso”, daí a natural consequência de que, em princípio, as decisões não devem ser únicas. (FILHO, 2012, p. 54)

No mesmo sentido, porém de forma mais elucidativa, algumas figuras no Direito, como a doutora Carolina Alves de Souza Lima, externaliza esse sistema constitucional, de forma garantista, a partir de outros princípios expressos no texto maior.

O duplo Grau de Jurisdição é, no sistema jurídico brasileiro, uma garantia constitucional. Ele decorre do princípio do Devido Processo Legal, do Princípio da Ampla Defesa e da própria organização constitucional dos tribunais brasileiros. A legislação infraconstitucional também trata do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição (...). (LIMA, 2004, p. 4)

Nestes termos, há que se concordar com os respeitáveis figurões do Direito, pois, por se tratar a Constituição o texto maior de todo ordenamento jurídico brasileiro, a sua interpretação deve se pautar no conhecimento do todo constitucional, isto é, correlacionar de forma sistêmica,

todos os dispositivos normativos para o alcance de um denominador comum – o bem social do Estado-nação.

De fato, impossível pensar que um processo legal seja devido, isto é, que produza efeitos corretos, justos, proporcional e em tempo razoável, sem que lhe seja assegurado o direito de recorrer a uma instância superior. E isto se dá não apenas sob o argumento de que “os tribunais de Segundo Grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados oferecem maior segurança.” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2005, p. 76), mas, pelo aperfeiçoamento da decisão que almeja alcançar a segurança jurídica, conforme enuncia Naira Norte: “O princípio do duplo grau de jurisdição objetiva alcançar a segurança jurídica no âmbito das decisões, com vistas à possibilidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional do Estado-Juiz.” (NORTE, 2009, p. 8.037).

Neste mote entenda a questão nem sempre é a reforma da decisão proferida, mas, no fato de que ela possa ser rediscutida, para ao final se obter um juízo que garanta a segurança da decisão.

No que concerne às decisões provenientes do Tribunal do Júri, o art. 593, III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do CPP/41, assegura ao condenado o direito de recorribilidade a uma instância superior. Assim, sendo, no que diz respeito às alíneas a, b e c, ou seja, a nulidade posterior a pronúncia, a sentença do juiz presidente contrária a lei expressa ou à decisão dos jurados, erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança, acredita-se não haver nenhum pormenor quanto a possibilidade recursal, pois, conforme entendimento de Bandeira, a celeuma cinge aos aspectos meramente técnico-jurídicos vinculados à validade processual e as questões relacionadas à atividade do Juiz togado (BANDEIRA, 2010, p. 252). Ou seja, a questão não atinge o mérito da decisão, apenas as questões processuais, que estão adstritas ao juiz togado, e por estar adstrita ao juiz, a própria natureza processual garante o duplo grau de jurisdição, conforme estabelece o art. 5º, LV da CF/88 ao prever a garantia da “ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988).

A problemática, no entanto, permeia a alínea “d”, do citado dispositivo, que trata diretamente das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença.

No que diz respeito às decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, o duplo grau de jurisdição recebe uma espécie de mitigação para fins de conformidade e respeito com a soberania dos veredictos, estabelecida no art. 5^a, XXXVIII, “c” da CF/88.

No entender de Bandeira, a possibilidade do duplo grau de jurisdições, no que pertine as decisões do Conselho de Sentença, só é passível quando tal decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Adverte o autor:

O órgão *ad quem* deve apenas aferir se a decisão dos jurados se divorcia completamente das provas produzidas nos autos ou não. Caso se convença de que a decisão é “manifesta”, “evidente”, “gritantemente” contrária à prova dos autos, deve, em respeito à soberania dos veredictos dos jurados, decretar a anulação do julgamento para que outro seja realizado. (BANDEIRA, 2010, p. 253)

Ainda assim, perceba que o conteúdo do mérito da decisão permanece intocado, uma vez que provido o recurso de apelação, o seu efeito é a sujeição do réu a um novo julgamento, conforme estabelecido no art. 593, III, “d”, §3º do art. 593, e não a reforma da decisão já proferida, aduz Renato Brasileiro de Lima:

(...) ao dar provimento à apelação com base na alínea “d” do inciso III do art. 593, o Tribunal de Justiça (ou Tribunal Regional Federal) não estará substituindo a decisão dos jurados, mas apenas reconhecendo o equívoco manifesto na apreciação da prova e determinando a realização de outro julgamento pelo Júri. (LIMA, 2020, p. 1.446)

Ou seja, o juízo *ad quem* profere mero juízo de cassação, não de reforma. Este último permanece reservado ao Tribunal do Júri, isto é reservado ao constitucional juízo natural para o novo julgamento.

O instituto em comento divide opiniões. Nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima, embora seja a minoria, parte da doutrina, defende a impossibilidade de um tribunal determinar a realização de novo julgamento, sob a justificativa de manifesto desrespeito a provas dos autos. (LIMA, 2020, p. 1.446).

No rol desta minoria, Tourinho Filho adverte, que:

Se o réu for absolvido, não poderá a acusação apelar alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos. A decisão é soberana. Da mesma forma se condenado for. Neste último caso, entretanto, não haverá prejuízo para o réu. Tão logo transite em julgado a decisão condenatória, poderá ele ingressar no juízo revisional, que lhe devolverá a liberdade. (TOURINHO FILHO, 2004, p. 88)

Ou seja, no entender do jurista, a decisão do Conselho de Sentença deve permanecer soberana, incólume, não sendo nenhum tipo de recurso apto a retirar-lhe este *status*, haja vista, o condenado poder entrar com o pedido revisional.

Contudo, adverte Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1.446), prevalece no ordenamento a doutrina majoritária, que sustenta a possibilidade de aplicação do duplo grau de jurisdição nas decisões proferidas pelo Júri popular. E nesse sentido pode se citar Antônio Scarance Fernandes, quando em sua afirmação, tem-se que “Não ofende a soberania o fato de ser possível ao Tribunal, em grau de apelação, nos casos de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, encaminhar o réu a novo julgamento.” (FERNANDES, 2002, p. 252)

Nesse contexto, percebe-se, como dito anteriormente, o que não pode é o tribunal *ad quem* adentrar no mérito da questão para fins de supressão ou acréscimo na vontade do julgador natural da causa, vale dizer, do julgamento proferido pelo Conselho de Sentença, sob pena de manifesta inconstitucionalidade. Contudo, o que esta corrente majoritária sai em defesa é da ideia de que o fiel respeito à soberania dos veredictos não afasta a possibilidade de submeter a decisão do júri ao duplo grau de jurisdição, até porque, não há princípios absolutos e supremos no ordenamento jurídico brasileiro, o que existem são princípios que devem ser interpretados conjuntamente, mormente os que possuem *status* constitucional.

5.2 Da revisão criminal

Embora não seja uníssona a sua natureza enquanto recurso ou ação autônoma, a Revisão Criminal, como o próprio nome sugere, visa impugnar, revisar uma decisão criminal que já alcançou o seu trânsito em julgado.

Na afirmação de Guilherme Nucci (2015, p. 713), a revisão criminal trata-se de uma “ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário”.

Ela é *Sui generis* porque não contempla parte contrária, mas tão somente o autor questionando um erro judiciário que o vitimou. (NUCCI, 2015, p. 713). Originária, porque, sua propositura e processamento ocorrem apenas no âmbito dos tribunais, sendo o STF e o STJ por força constitucional (do art. 102, I, “j” e art. 105, I, “e” da CF/88), quando de suas decisões, e aos

Tribunais para os demais casos, nos termos do art. 5º, LXXV da CF/88, combinado com art. 624 do CPP/41. Premissas que podem ser extraídas das lições de Renato Brasileiro de Lima. (2020, p. 1898).

Registra-se ainda, que a revisão criminal não se trata de um recurso, mas de uma ação autônoma que permite a revisão e a desconstituição de um erro constante de uma decisão transitada em julgado. Portanto, um equívoco praticado pelo legislador pátrio ao inseri-lo, juntamente como o *habeas corpus* no campo dos recursos em geral. (RANGEL, 2015, p. 1094)

A revisão criminal, portanto, possui maior alcance do que previsto na legislação ordinária, adverte Nucci (2015, p. 713) “ela possui o contorno de garantia constitucional do indivíduo, na mesma envergadura de um remédio constitucional contra injustas condenações”.

Na combinação dos arts. 622, 623 e 621 do CPP/41 tem-se que ela pode ser requerida a qualquer tempo, seja diretamente pelo acusado, seja por um representante legalmente habilitado, ou em caso de morte do condenado, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, sempre que a decisão se fundar em: a) violação ao texto da lei penal; b) contrariedade à evidencia dos autos; c) sentença fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; d) descoberta de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição da pena. (BRASIL, 1941)

De outro modo, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1.898) sintetiza tais hipóteses em dois grandes pressupostos fundantes da revisão criminal, a saber, a existência da sentença condenatória ou absolutória imprópria com trânsito em julgado e a demonstração do erro judiciário, que em outras palavras poderia se dizer, o dano e nexos de causalidade deste.

Demonstrados tais pressupostos de forma contundente, e acolhida à revisão criminal pelo tribunal competente, pode este, nos termos do art. 626 do CPP/41, alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou até mesmo anular o processo. No entanto, deve se lembrar de que de acordo como o parágrafo único do dispositivo em questão, o tribunal em nenhuma hipótese poderá agravar a pena imposta pela decisão primeva, por força da conhecida vedação da *reformatio in pejus*. (BRASIL, 1941)

Urge ainda salientar que, nos termos do art. 627 do referido diploma legal, uma vez aplicada à absolvição, esta implicará no reestabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação, devendo o tribunal, se for o caso, impor a medida de segurança cabível. (BRASIL, 1941)

Diante dos possíveis efeitos provenientes da revisão criminal, muito se discutiu sobre a possibilidade ou não de sua aplicação nas decisões oriundas do Júri Popular, correlacionadas a soberania dos veredictos. E ao que parece, a posição majoritária da doutrina tem respondido a essa indagação de forma afirmativa, assevera Nucci (2015, p. 716). E os motivos que levam a essa afirmativa trouxeram na doutrina duas correntes com posições divergentes umas das outras, mas que ao final não deixaram de reafirmar tal possibilidade.

A primeira corrente, defendida por Nucci, sustenta a ideia de que a revisão criminal é possível apenas ao juízo rescindente, ou seja, o juízo que promove a cassação da decisão proferida e conseqüentemente a sujeição do acusado a novo julgamento pelo júri, para que outro veredicto seja proferido.

O fato de ser a revisão criminal uma garantia individual, para corrigir eventuais erros judiciários, não afasta, em hipótese alguma, o direito que o povo tem de proceder à necessária revisão do julgado, quando necessário. (...) Assim fazendo, a última decisão continuaria com o povo, assegurando a mencionada soberania dos vereditos. (NUCCI, 2015, P. 717)

Portanto, nota-se que no entender do jurista, a revisão criminal apenas é possível, se o tribunal devolver ao povo o juízo rescisório, ou seja, o direito à nova decisão de mérito, a qual se possa avaliar se houve ou não o mencionado erro judiciário.

A segunda corrente, acastelada por Renato Brasileiro, sustenta a ideia de que a revisão criminal não só é possível no juízo rescindente, mas também no juízo rescisório, vez que, “a soberania do veredicto do próprio Conselho de Sentença, que representa garantia fundamental do acusado, não pode, ela própria, constituir paradoxal obstáculo à restauração da liberdade jurídica do condenado”. (LIMA, 2020, p. 1905-1906). E assim, o sendo convencido de que a sentença condenatória se fundou em documentos e/ou depoimentos falsos, pode ele – o Tribunal togado – desde já absolver o acusado, sem a necessidade de submetê-lo a novo julgamento do júri.

Oberve, portanto, que nas posições doutrinárias acima referenciadas, o julgamento do tribunal do júri, uma vez encaminhada para o seu *decisum* final, isto é, quando o juiz, ouvido o Conselho de Sentença, e em frente ao réu, faz a leitura da sentença, o destino do acusado, longe de esgotar o princípio constitucional da soberania dos vereditos, permite que uma série de questões sejam levantadas e levadas a uma nova reanálise.

6 DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O ENTENDIMENTO DO STF

O tema execução provisória da pena tem promovido impasses no ordenamento jurídico brasileiro desde sua inserção no Código de Processo Penal, em 1941. Isto, porque, tendo o referido código surgido a partir das premissas do movimento político ideológico fascista, sua base tinha como paradigma o autoritarismo puro. E nesse contexto, ao contrário da presunção de inocência, a ordem vigente era o da antecipação da culpa. Sendo a condicionante necessária para o direito à recorribilidade da sentença condenatória – a prisão. Conforme se extrai dos dispositivos trazidos pelo texto original do Código de Processo Penal:

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.
 § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomendá-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para a sua captura.
 (...) (BRASIL, 1941)

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto. (...). (BRASIL, 1941)

Esse entendimento de que a prisão era condição para o direito de recorrer vigeu por três décadas a fio, até que em 1973 teve sua atenuação através da edição da Lei 5.941/73, também conhecida por Lei Fleury.

A Lei Fleury trouxe nova redação ao art. 408 do CPP/41, através da inserção do parágrafo segundo que em síntese, dispunha que a diante da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, poderia o juiz deixar de decretar-lhe a prisão, ou revogá-la se já se encontrasse preso. (BRASIL, 1973).

Da mesma forma, alterou o art. 594 do CPP/41, vez que a partir de então, sendo o réu primário e de bons antecedentes, reconhecido na sentença condenatória, a prisão já não lhe seria mais condição para exercer o direito de recorrer. (BRASIL, 1973)

A lei em comento, todavia, foi muito contestada, sob o argumento de que ela permitia a impunidade de pessoas influentes. A propósito, nesse sentido, pontua Gomes Filho (*et al.* 1992, p. 63) “(...) modificações, embora aparentemente liberalizantes, foram notoriamente ditadas por momentânea conveniência relacionada ao envolvimento de funcionário da alta hierarquia policial em acusações de homicídio.” Isto, porque, sua edição se deu “quando o

delegado Sérgio Paranhos Fleury teve a prisão preventiva decretada. Fleury liderou o chamado "Esquadrão da Morte", em São Paulo, e atuou como delegado do Dops durante a ditadura militar". (MENDONÇA, 2014, p. 89)

Assim sendo, a tão criticada Lei 5.941/73, foi logo substituída pela Lei 6.416/77, que mesmo mantendo a prisão em primeira e segunda instância, alterou o sistema de prisão provisória, passando a ser aplicada a fiança apenas em casos excepcionais.

Mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que legitimou o princípio da presunção de inocência, tem-se que a falta de uniformidade do tema, não conseguiu superar a problemática da execução provisória. Isto porque, de um lado o CPP/41 ainda tinha suas raízes fincadas na antecipação da culpabilidade, e de outro, uma Constituição que trazia em seu texto a presunção de inocência como princípio basilar a ser seguido.

Tal afirmação pode ser vislumbrada nos argumentos trazidos pelo ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC 126.292/SP, em que foi relator, quando afirmara que “a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988.” (STF, 2016)

Nesse mesmo sentido, afirma Oliveira e Ribeiro (2019, p. 66) que apesar do clima garantista que a Constituição de 1988 pareceu implantar no Direito brasileiro, a Lei 7.960/1989 freou o avanço almejado pela Magna Carta, instituindo a denominada prisão para averiguação ou prisão temporária.

Portanto, ao que parece, a matéria, ainda era regida sob a égide do CPP/41, mitigando o princípio da presunção de inocência. Isto porque, até o limiar de 2009 a jurisprudência do STF, ainda que, com algumas divergências, permitia a execução provisória da pena, como é o caso do julgamento do HC 71.723/SP, em que o paciente, condenado a pena de 3 (três) anos de reclusão pelo crime do art. 213 do CPP/40 suplicava pelo direito de recorrer em liberdade, ante a ausência de casa de albergado ou estabelecimento adequado ao regime aberto.

No entender dos ilustres ministros da Primeira Turma do STF, em síntese, o interesse público na efetivação da sanção penal deve prevalecer sobre o interesse individual do condenado; que a prisão domiciliar só é possível nos casos contidos no art. 117, da Lei de Execuções Penais, e

ainda, no fato de que os Recursos Extraordinário e Especial, porventura interpostos pelo condenado, eram por natureza, desprovidos de efeitos suspensivos, o que justificava a expedição do mandado de prisão.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A TRÊS ANOS DE CUMPRIMENTO DA PENA EM LIBERDADE, POR INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO DA SENTENÇA, ENQUANTO OCORRE A DECISÃO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a Inexistência de estabelecimento adequado ao regime aberto não autoriza a aplicação da prisão domiciliar. Prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Entendimento por igual assentado nesta Corte de que os recursos extraordinário e especial, por não estarem revestidos de efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Habeas corpus indeferido. (Superior Tribunal Federal, Primeira Turma, de Relatoria do Ministro Ilmar Galvão, HC 71.723/SP, DJ 16/06/1995). (STF, 1995)

Perceba que os fundamentos que justificam a decisão pela prisão, assentam-se, sobretudo, na inexistência dos efeitos suspensivos dos Recursos Extraordinários e Especiais, ou seja, ante a ausência dos efeitos que suspendem os efeitos do mandado de prisão, e que permite o acusado recorrer em liberdade, a prisão se justifica para atender o interesse público.

Esse entendimento, no entanto, foi alterado em 2009, através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, onde o paciente postulava ao Colendo STF, o direito de recorrer em liberdade, de uma condenação de 07 anos e 06 meses de reclusão proferida em Segundo Grau, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Na decisão, sob a relatoria do ministro Eros Roberto Grau, o entendimento aplicado foi o de que a condenação antes do trânsito em julgado ofende o princípio da presunção de inocência, exarado no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julga do da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba

todas as fases processuais, inclusive, as recursais de natureza extraordinária (...) (STF – HC: 84.078, Relator: Min. EROS GRAU, Data de julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048) (STF, 2009)

Portanto, em um placar de 7 a 4 decidiram os ministros daquela Corte pela concessão do *habeas Corpus*, para fins de que o paciente recorresse da decisão em liberdade.

Na ocasião, votaram a favor da concessão da segurança, os ministros Roberto Grau, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello, Ayres Brito e Gilmar Mendes. Vencidos, ficaram os votos dos ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carmen Lúcia e Menezes Direito, os quais negaram a segurança. (STF, 2009)

Desde então, o ordenamento pátrio manteve o entendimento de que a execução provisória, e, portanto, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tratava-se um ato inconstitucional.

Contudo, este entendimento vigorou até o ano de 2016, quando, através do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, de relatoria do saudoso ministro Teorí Zavascki, a Suprema Corte, ao estranhamento do Direito, e em uma votação apertada de 7 a 4, retroagiu seu entendimento aos primitivos moldes do CPP/41, e, portanto, passando novamente a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (STF, 2016).

No voto do ministro Teorí Zavascki, relator do HC 126.292, ele ressaltou a importância reflexiva sobre o alcance do princípio da presunção de inocência e a busca da efetividade da função jurisdicional penal, que de mais a mais deve atender não só os valores caros aos acusados, mas, também a sociedade de um modo geral.

Nesse sentido, fazendo um equilíbrio entre essas duas premissas, o ministro sustentou que a manutenção da sentença pelo órgão colegiado encerraria a análise dos fatos e provas que assentam a culpa do acusado, ou seja, na visão do magistrado, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado, que pode ser pela manutenção do

estado de inocência, ou pela confirmação do estado de culpa. E neste último caso, estado que autoriza o início da execução da pena.

No entendimento de Zavaski e dos ministros que acompanharam o seu voto, os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, seja ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, não se destinam à discussão de fatos e provas, mas apenas matéria de direito, razão pela qual a formação da culpa *lato sensu* já se encontra aperfeiçoada em momento pretérito, vale dizer, nas instancias ordinárias.

Votaram pela denegação da segurança os ministros Teorí Zavaski, Luis Roberto Barroso, Edson Fachin, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Abriram divergência os ministros Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, os quais foram votos vencidos.

Dentre os votos divergentes, chama-se a atenção para a clareza dos fundamentos trazidos pelo ministro Celso de Mello ao proferir seu voto. Segundo o ministro, em síntese, o texto constitucional traz de forma clara o momento exato, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, e este momento é justamente aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal.

(...) há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades. (STF, 2016).

No entender do douto magistrado, a presunção de inocência traz consigo duas regras de salutar observância, sendo a primeira delas a regra de tratamento e a segunda a regra probatória.

Da regra de tratamento emana a ideia de que o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Quanto à regra probatória, esta informa que cabe a acusação provar a culpa do acusado e não este provar sua inocência, tal qual ocorria em tempos pretéritos, no auge do regime autoritário.

Ainda segundo o entendimento do ministro Celso de Mello, a Constituição Federal não se propôs ao esvaziamento da presunção de inocência a uma determinada instância judiciária, mas tão somente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que torna totalmente descabidos a invocação comparativa de experiências do Direito alienígena que sequer inferem ou obriga a necessária obediência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A posição adotada pelo STF no julgamento do *writ* em comento foi notadamente replicada no *habeas corpus* nº 152.752/PR, que tratou do caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e tudo isto, tendo como fundamento o argumento de que a matéria fática se encerra nas duas primeiras instancias, ficando à cargo das instâncias superiores apenas as matérias extraordinárias de direito. (STF, 2018)

Esse novo entendimento adotado pela Corte Suprema causou estranheza na doutrina. Autores como Renato Brasileiro, saíram em defesa da ordem constitucional, ao afirmar a inadmissibilidade da execução provisória antes do trânsito em julgado. Sobretudo, quando levado ao argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos Extraordinários e Especial. Na inteligência do jurista, a tese que firma tais premissas viola o princípio da presunção de inocência. (LIMA, 2020, p. 2.353)

Ainda em defesa da Constituição, Lenio Streck reverbera para a clareza do texto constitucional ao estabelecer a presunção de inocência como garantia constitucional. Leciona o autor:

A Constituição é clara em estabelecer a garantia de presunção da inocência. Se o STF reduzir o alcance, como por exemplo, aceitando a prisão já em segundo grau, estará revogando dispositivo constitucional. Não será nem mutação constitucional: será mutilação inconstitucional. (STRECK, 2018)

No entendimento dos juristas, a presunção de inocência possui caráter praticamente universal, o que leva a crer que a sua aplicação não se deve a este ou aquele caso, mas em todos, até porque, a presunção de inocência é certa para todos os cidadãos e não presumida. Vale dizer, todos, sem qualquer distinção estão investidos no estado de inocência, e assim sendo, a prisão

só lhe é cabível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em outras palavras, até que se extingue o último recurso.

Esta afirmativa, no entanto, divide a opiniões dos doutrinadores, isto porque mesmo antes do julgamento do HC 126.292/16, Leonir Batisti já postulava pela prisão após da confirmação em Segunda Instância.

No entendimento de Batisti (2009, p. 227), os recursos extraordinários possuem o condão apenas de assegurar a unidade do direito, ou seja, fazer com que o direito seja aplicado com a mesma conformidade. Desta forma, os Tribunais encarregados dessa análise apenas objetivam corrigir erros de interpretação para uniformizar a jurisprudência e não reanalisar matérias de fato, o que é o mesmo que afirmar que o estado de culpa se exaure nas instâncias ordinárias.

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves também posiciona nesse sentido, entendendo que se considerar que os recursos especial e extraordinário sejam aptos a impedirem a pronta execução da pena confirmada pelos Tribunais de Segundo Grau, o ajuizamento destes se servirá mais como instrumento de procrastinação do trânsito em julgado da condenação pela prescrição, e menos para assegurar a unidade do direito aplicado. (GONÇALVES, 2007, p. 125-126)

Nota-se, portanto, que a matéria é espinhosa e de grande repercussão no direito, o que torna um terreno fértil para profícuos debates.

Tamanha é a repercussão, que em 2016, percebe, no mesmo ano em que fora o julgamento do HC 126.292/SP, o Partido Ecológico Nacional (PEN) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressaram com as Ações Direitas de Inconstitucionalidade de nº 43 e 44, tendo por objeto, a discussão acerca da possibilidade da prisão após confirmação em segunda instância. Nesse mesmo sentido 2018, foi à vez do Partido Comunista do Brasil (PC do B) ingressar com a ADC nº 54, tendo por objeto o mesmo questionamento das ADCs anteriores.

Em verdade as Ações Declaratórias, que tiveram pedidos de liminar, pugnavam à Suprema Corte o assentamento da constitucionalidade do art. 283 do CPP/41 que diz: “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, 1941)

E, portanto, em 07/11/2019, pelo voto apertado da maioria dos ministros (6 X 5), o STF julgou procedente as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP/41, cuja redação foi dada pela Lei 12.403/11. (STF, 2019)

Votaram a favor desse entendimento os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Divergiram, portanto, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Carmen Lúcia, aos quais foram votos vencidos. (STF, 2019)

Na decisão prolatada pelos ministros merece destaque o trecho do voto do ministro relator, Marco Aurélio, quando diz:

(...) a Carta Federal consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em execução de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender. (...) Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a lei 12.403/11, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo. (STF, 2019)

Portanto, uma vez declarada à constitucionalidade do art. 283 do CPP/41 novamente tem se endireitada a ordem Constitucional, de modo que quaisquer tentativas de aviltamento e solapamento do princípio da presunção de inocência, razão outra não existe, senão a sua declaração de inconstitucionalidade.

7 A MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO OBRIGATÓRIA ESTABELECIDADA PELA LEI 13.718/19

Tendo os olhos voltados para o cenário brasileiro dos últimos anos, em especial, no que tange ao fortalecimento armado das organizações criminosas, no aumento exponencial dos crimes violentos e no problema da corrupção em solo brasileiro, em 2019, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, sob a capitania do então ministro Sérgio Moro, propôs o intitulado projeto anticrime, isto é, um conjunto de medidas pontuais pretendentes a alterar a legislação penal, processual penal, eleitoral dentre outras normas, objetivando dar maior efetividade no combate a estas modalidades de crimes e reduzir alguns pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal.

A medida contou com o apoio de muitos juízes, membros do Ministério Público, e a opinião pública em todo Brasil, no entanto, na mesma proporção desse apoio, duras críticas foram apresentadas por juristas de renome no direito brasileiro, chegando inclusive a adjetivá-la como panfletária e populista.

O Projeto Anticrime, como o próprio nome indica, contém inegável caráter panfletário, sendo visível a tentativa de mobilizar a opinião pública por via de dísticos emocionais, em matéria tão complexa e demandante de racionalidade – é mero populismo penal. (RELAE JÚNIOR; WUNDERLICH, 2019)

Não obstante, após uma série de idas e vindas, emendas e vetos, dentro de um debate democrático no Congresso Nacional, sobre segurança pública, direito penal e direitos humanos, os parlamentares aprovaram a medida fazendo nascer a Lei nº 13.964, em 24 de dezembro de 2019.

A referida lei trouxe ao sistema de justiça brasileiro profundos reflexos, vez que acarretou alterações em pelo menos 13 (treze) leis e decretos em matéria penal, dentre os quais o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais.

No Código de Processo Penal, em especial, um dos pontos nevrálgicos cuja alteração fez surgir um acalorado debate no meio jurídico, foi a redação atribuída à segunda parte do art. 492, I, “e” do CPP/41.

Antes da edição da Lei 13.694/19 o comando trazido pelo art. 492, I, “e”, do CPP/41 era o de que o juiz ao proferir a sentença mandaria o acusado recolher-se ou recomendá-lo à prisão em que se encontrasse, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva, estampados no art. 312 do CPP/41. (BRASIL, 1941). Ou seja, ainda que o réu fosse condenado a uma pena alta, se ele se encontrasse em liberdade, continuaria a responder o processo em liberdade, aguardando o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa em seu favor. Contudo, se ele já se encontrasse preso, permaneceria preso, e nesse caso, decotando da execução o período já cumprido em sede de prisão preventiva.

Com a edição da referida Lei 13.964/19 e conseqüentemente, com a alteração da redação do art. 492, I, “e” do CPP/41, o comando posto foi o de que, mesmo que o réu esteja respondendo o processo em liberdade, no caso de uma condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, o juiz, já em plenário determinará a execução provisória das penas, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos (BRASIL, 1941). Perceba o réu já deixa o plenário preso iniciando o cumprimento da pena, mesmo que exista em seu favor a interposição de recurso que possa mudar o curso do processo.

O que não parece um tanto razoável, que o réu inicie a execução de uma pena, vale dizer prisão pena, com um recurso pendente de julgamento, sobretudo, quando esse julgamento pode levá-lo a um novo júri, que por sua vez, possa lhe aplicar uma pena inferior a 15 (anos), ou até mesmo demonstrar a sua inocência.

Diante desta aberração, o legislador bem que tentou amenizar a questão, quando nos §§ 3º e 5º, do art. 492 trouxe à *lume*, motivos que poderiam suspender a imediata execução provisória da pena.

Art. 492 (...)

§ 3º O presidente poderá, 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.

(...)

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - 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 reclusão. (BRASIL, 1941)

Contudo, percebe-se, esta é uma excepcionalidade concedida pelo juiz e ao Tribunal quando houver questões substanciais que possam mudar o rumo do processo. Em outras palavras a regra é a prisão, a liberdade é uma excepcionalidade concedida pelo Estado.

A inconstitucionalidade dessa prisão é tamanha, que pode ser vislumbrada, pelo menos sob três aspectos, os quais serão apresentados no presente capítulo.

Inicialmente, impende salientar que, como dito alhures, estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988)

De igual forma, preceitua o inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional, que, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)” (BRASIL, 1988)

Numa visão, ainda que superficial, faz-se notório que tais preceitos inserem no ordenamento jurídico os pilares mais substanciais no que pertine o direito penal e processual penal. Isto, porque, de um lado consagra o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, que garante ao indivíduo o pleno estado de não culpa enquanto sujeito do processo. Do outro, além reafirmar a prisão como a *ultima ratio*, insere no ordenamento a regra de que caso ela – a prisão – venha acontecer, que seja necessariamente de forma fundamentada e pela autoridade competente, consagrando em ambos os casos o princípio da reserva de jurisdição. (CARVALHO, 2013, p. 454)

Observe a tamanha importância do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, que o poder constituinte originário o assentou no capítulo dos direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão, ou seja, no ponto mais alto da Carta cidadã, e envolto ao *status* de cláusula pétrea.

Ao que parece, a intenção do constituinte originário, não foi outra, se não a de dar maior segurança a estas garantias constitucionais. Tanto é que o art. 60, §4º, IV da Carta de 1988, consignou a vedação expressa da abolição destes direitos e garantias individuais, inclusive por Emenda Constitucional:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Fazendo presumir que a única forma para a sua abolição é através de uma nova assembleia constituinte, onde o povo clamasse pela promulgação de uma nova Constituição.

Contudo, não se olvide a pensar que tais cláusulas são imutáveis, pois, pensar desta forma, seria incorrer em grave erro. Em verdade, a pretensão garantista do poder constituinte visou proteger o núcleo essencial destas garantias de uma possível manobra política, em que objetivo fosse a de extinguir tais preceitos fundamentais. No entanto, estas cláusulas pétreas podem sim, sofrer mutações, serem modificadas no sentido de ampliar as garantias ali esculpidas, vez que a ampliação destas garantias estaria nada mais nada menos do que reafirmando o seu núcleo racionalmente necessário, isto é, a proteção do cidadão do alvedrio do Estado.

Dito isto, não é forçoso perceber que a alteração do art. 492, I, “e”, do CPP/41, trazida pela Lei 13.964/19, ao invés de ampliar garantias individuais, seguiu em caminho oposto, tolhendo-as ao modelo autoritário, onde a compulsoriedade é a regra.

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;

(...)

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º O presidente poderá, 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.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I - não tem propósito meramente protelatório; e

II - 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 reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentemente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia. (BRASIL, 1941)

O que por si já demonstra que essa pena obrigatória se mostra totalmente incompatível com o texto constitucional, uma vez que ao violar a presunção constitucional de inocência, retira do cidadão uma garantia que lhe foi ofertada de forma indisponível pelo texto supremo.

Nesse sentido afirma Aury Júnior:

O ponto mais problemático do novo artigo é a parte final da alínea 'e', introduzida pela Lei 13.964/2019: a determinação de execução antecipada da pena, quando for igual ou superior a 15 anos. Sem dúvida um grande erro do legislador, pois: viola a presunção constitucional de inocência, na medida em que trata o réu como culpado, executando antecipadamente sua pena, sem respeitar o marco constitucional do trânsito em julgado. (JUNIOR; ROSA 2020)

O marco constitucional, a saber, é o trânsito em julgado da ação penal, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis e aproveitados pelo interessado.

Por outro lado, o comando imposto pelo artigo em comento também tem se mostrado completamente incompatível com o disposto no art. 313, §2º do CPP/41, que prevê expressamente a não admissão da decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena. (BRASIL, 1941)

Vale ainda ressaltar que como já esposado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal, no ato do julgamento das ADCs 43,44 e 54 em 2019, reconheceu a inconstitucionalidade da execução provisória mesmo após decisão de segundo grau, (STF, 2019) quem dirá nas decisões de primeiro grau.

Este, no entanto, não é o entendimento daqueles que apoiam a execução provisória contida no artigo em comento. O ministro Luiz Roberto Barroso, no julgamento do HC 118.770/SP, em que o paciente condenado a 25 anos de reclusão suplicava por recorrer em liberdade, fundou a

tese do seu voto na afirmativa de que “a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal de Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”.

Neste ponto merece a transcrição de parte do voto do ministro Barroso:

(...) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, *c*), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, *caput* e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas. (STF. HC 118.770, rel. min. Marco Aurélio, redator do acórdão min. Luís Roberto Barroso, j. 07/03/2017) (STF, 2017).

Na síntese do trecho exposto, Barroso, notadamente defende a ideia de que presunção de inocência enquanto princípio pode ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, assim sendo, adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar. O que é ferrenhamente contestado pelo magistrado André Nicolitt ao afirmar que “a soberania dos veredictos e a presunção de inocência, como direitos fundamentais que protegem o indivíduo, não podem agigantar o Estado em detrimento do homem.” (NICOLITT, 2019)

Para Barroso a soberania dos veredictos do tribunal do júri, enquanto princípio constitucional autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada.

Wendell Lopes Barbosa de Souza, juiz de direito no Estado de São Paulo, na mesma linha do ministro Barroso afirma que a competência do Tribunal do Júri para deliberar sobre o caso concreto é de ordem Constitucional:

(...) a Constituição Federal atribuiu a um Tribunal Popular a competência para deliberar sobre crimes dolosos contra a vida, sendo esta uma garantia do próprio réu em face do Estado Democrático de Direito. Assim, cabe ao Conselho de Sentença

decidir pela condenação ou não do acusado, com respaldo no princípio da soberania dos veredictos do Júri. (SOUZA, 2021, p. 288)

Não havendo, portanto, que se falar em violação ao princípio da presunção de inocência, até porque, assegura o autor, não cabe nova avaliação meritória dos fatos das provas pelos Tribunais Superiores, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. (SOUZA, 2021, p. 228).

Também nesse sentido posicionou os PGJ (s) Fenando Comin, Francisco Barros e Mário Sarrubbo: “O traço materialmente diferenciador entre a sentença do magistrado singular em um julgamento de crime comum, e aquela decorrente de um crime contra a vida pelo Tribunal do Júri, está plasmado na expressão ‘soberania dos vereditos’”. (COMIN; BARROS; SARRUBBO, 2020, p. 5)

Na inteligência deste autor, ao contrário dos crimes comuns, a Constituição conferiu ao povo a prerrogativa de julgar seus pares, sem que os Tribunais interfiram no mérito da decisão, isto é, reapreciem os fatos e as provas.

Nessa lógica, não é forçoso concluir que o raciocínio empreendido por estes figurões na defesa da constitucionalidade da execução provisória da pena se pauta na soberania dos veredictos. No entendimento deles quando a Constituição conferiu ao povo o direito de julgar os seus pares, o texto constitucional o fez não apenas na perspectiva de uma cláusula instituída de soberania, mas como uma garantia fundamental do indivíduo contra o próprio Estado.

Esse entendimento, mais uma vez contestado por Nicolitt. Na visão de André Nicolitt, esse entendimento não passa de um equívoco, vez, que a soberania das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença refere-se às decisões sobre o fato, ao passo que a decisão sobre a pena e a sua dosimetria mantém-se incólume ao juiz-presidente, e que por isto, está sujeito ao duplo grau de jurisdição.

O tribunal do júri é marcado pela plenitude de defesa e pela íntima convicção dos jurados leigos, pelo julgamento do réu por seus iguais e pela soberania da decisão. A soberania refere-se à decisão sobre o fato, até porque a decisão sobre a pena é do juiz-presidente e pode, inclusive, ser reformada pelo tribunal. Assim, a soberania em nada se refere à pena, à prisão cautelar ou ao início da execução. (NICOLITT, 2020)

No raciocínio de Nicolitt a soberania dos veredictos está associada à decisão pela condenação ou absolvição do acusado, que a seu turno funda-se nos fatos apresentados nos autos do processo, tanto pela acusação quanto pela defesa, e que em nada se refere à pena, à prisão cautelar ou a execução da pena. Esta sim, mesmo que dependendo da decisão dos jurados envoltos na soberania dos veredictos, compete única e exclusivamente ao Juiz-presidente a sua decisão, pois, do contrário, não justificaria a possibilidade de recursos conferidos pelo CPP, no art. 593. Afinal, qual seria a finalidade de um recurso para combater uma decisão que já nasceu soberana? Portanto, a soberania só está adstrita à decisão pela condenação ou pela absolvição e não pela aplicação da pena.

Já no que pertine a ponderação entre princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes, mencionados por Barroso em seu voto no HC 118.770/SP, Ana Paula Barcellos ensina que a solução deve ser a opção que prestigia a dignidade humana, pois é ela, a dignidade humana, a diretriz que indica qual o princípio deverá ser sacrificado no caso concreto e qual deverá prevalecer. Nesse sentido, fazer prevalecer à presunção de inocência é o mesmo que restituir a liberdade do paciente, fortalecendo a sua dignidade, por isto, a melhor opção. (BARCELLOS, 2006, p. 108-113)

Pensar do contrário é admitir que a prevalência do princípio da soberania dos veredictos na execução provisória da pena, ao invés de proteger o cidadão do Estado, tende mais a tutelar os interesses deste, sobre a dignidade humana, o que no entender de José Frederico Marques é um contrassenso, uma vez que, “os veredictos do júri só são soberanos enquanto garantem o *ius libertatis*”. (MARQUES, 1963, p. 55)

Em defesa da liberdade frente ao interesse punitivo do Estado, Fernando da Costa Tourinho Filho também é preciso quando afirma:

Assim, entre manter a soberania dos veredictos intangível e procurar corrigir um erro em benefício da liberdade, obviamente o direito de liberdade se sobrepõe a todo e qualquer outro, mesmo porque as liberdades públicas, notadamente as que protegem o homem do arbítrio do Estado, constituem uma das razões do processo de organização democrática e constitucional do Estado. (TOURINHO FILHO, 1997, 369)

Numa interpretação sistêmica entre a afirmação de Tourinho e o pensamento empreendido por Ana Paula Barcellos, percebe-se que, a liberdade enquanto atributo fortalecedor da dignidade

humana é sempre o modelo norteador para as escolhas entre a garantia de proteção do indivíduo e o direito de punir do Estado. Isto porque, a dignidade humana ainda é o princípio mais caro e mais salutar do Estado Democrático de Direito, e, portanto, não podendo ser aviltado.

Por derradeiro, outra questão insistentemente levantada por Aury Júnior e Lenio Streck que justifica a inconstitucionalidade da execução provisória da pena, consiste na ausência de fundamentação das decisões proferidas pelo conselho de sentença. (JUNIOR; STRECK, 2021)

Como já ressaltado anteriormente, ao império do art. 93, IX, da CF/88 “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)” (BRASIL, 1988) Sendo o Tribunal do Júri órgão do Poder Judiciário, também as suas decisões devem estar sob o mandamento do dispositivo constitucional, e não fincado na íntima convicção. E quando a isto, ressalta Junior:

Não é admissível que, em pleno século 21, sigamos com um sistema de julgamento por íntima convicção, do estilo "sim, porque sim" e "não, porque não". Isso é um absurdo que gera graves injustiças e viola toda a base principiológica do devido processo penal. (JUNIOR; STRECK, 2021)

E neste ponto, faz-se *mister* elucidar que corolário ao devido processo legal, tem-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, que de mais a mais se presta à assegurar ao acusado o pleno exercício de seu estado de inocência enquanto regra constitucional. A ausência de fundamentação nesse sentido impede o exercício do princípio do contraditório e da ampla defesa, por não se saber os motivos que levaram àquele convencimento, seja para absolver ou para condenar.

Com arrimo em tais considerações, torna-se notório que proposta que ensejou 492, I, “e” da Lei 13.718/19, teve suas raízes mais profundas fincadas diretamente no clamor social, que no texto constitucional. Isto, talvez pelo momento turbulento que o país tem vivenciado como a questão da corrupção, dos crimes de colarinho branco e outras querelas institucionais, que tem levado o cidadão a ansiar pela justiça a qualquer preço. Contudo, não se deve esquecer que a qualquer preço, tem que ser o preço da Constituição, da ordem constitucional e dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

8 CONCLUSÃO

Por todo o exposto reputa-se inconstitucional a execução provisória da pena contida no art. 492, I “e” do Código de Processo Penal, inserida pela Lei 13.964/19, e as razões que levam a esta afirmação, são notadamente claras. Inicialmente, porque ela fere de morte o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade contida no texto constitucional, que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até porque o próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, manifestou sobre o tema, quando julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n^{os} 43,44 e 54, afirmando por maioria, a necessidade do esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena.

Portanto, posicionou o plenário do Supremo Tribunal Federal, em caráter definitivo e sem qualquer exceção, que, no que diz respeito à execução da penal, a cláusula pétrea da Presunção de inocência alcança o processo penal desde o seu nascedouro até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. E isto, para todo e qualquer delito contido no Código Penal ou na legislação extravagante.

Em que pese os argumentos trazidos pela doutrina, que defendem a execução provisória da pena com fundamento na soberania dos veredictos, estes não merecem prosperar, vez que a soberania refere-se às decisões sobre o fato, enquanto que a decisão sobre a pena se reserva ao magistrado togado, que tem por dever o tratamento do réu como inocente desde o nascedouro do inquérito ou das investigações, neste caso o juiz sumariante, até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, e neste caso o juiz-presidente, os impedindo, como corolário legal, a ordem de execução provisória da pena.

A inconstitucionalidade da execução provisória da pena fere ainda o princípio da razoabilidade, vez que na pendência de recurso que seja capaz de determinar um novo júri, que por sua vez, consiga absolver o acusado, não é nada razoável que este se mantenha preso, iniciando a execução de uma pena, que possivelmente seja ele inocente. Ou seja, além da prisão de um não culpado, um desgaste processual desnecessário que deverasmente gerará uma indenização por parte do Estado.

Por outro lado, a execução provisória esbarra em outro problema anterior, geneticamente derivado de deficiência formal e material, qual seja a decisão proferida pelo Conselho de Sentença.

Como já elucidado, as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, não exigem fundamentação, o que é um grave problema formal. Elas estão adstritas única e exclusivamente na íntima convicção dos jurados, que em sua maioria não possui conhecimentos técnico-jurídicos suficientes para proferir decisões. O que agrava ainda mais, quando se sabe que estes mesmos jurados que irão decidir a liberdade ou a prisão do acusado, sem conhecimentos técnico-jurídicos, só tem acesso à parte do processo em julgamento, em momento anterior ao acontecimento do Tribunal do Júri. O que impede que o jurado tenha amplo conhecimento da materialidade contida nos autos do processo.

É consabido que os crimes de competência do Tribunal do Júri, possuem, maior repercussão e reprovabilidade pela sociedade, uma vez que são crimes de natureza dolosa contra a vida. Essa reprovabilidade, no entanto, quase sempre, faz com que o acusado já inicie o processo de julgamento com a prévia condenação recaindo sobre si. Condenação esta feita, não diretamente pelos jurados, mas pelos meios de comunicação e mídias, que corroborada pela falta de conhecimentos técnico-jurídico do conselho de sentença, apenas chancela o que está já previamente estabelecido. Nesse sentido, fazendo cair por terra toda a sacralidade democrática atribuída ao Tribunal do Júri. Afinal, como pode ser democrático algo que já está previamente estabelecido pelos meios de comunicação, que comumente, o fazem com interesses, muitas vezes escusos, e outras vezes, pela simples venda de informações?

É notório o fato de que a inserção da Lei 13.964/19 no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu como uma forma de atender aos anseios populares ávidos de justiça. Até porque, quem propôs esse pacote anticrime, foi nada mais nada menos do que o ex-juiz federal e ex-ministro da justiça Sérgio Fernando Moro, tido por muitos como o rosto alvo da operação Lava-jato, que levou muitos poderosos ao cárcere, portanto, sinônimo de penalidade àqueles considerados intocáveis.

E neste ponto, é manifestamente importante frisar que a impunidade tem sim que ser severamente combatida, até porque a lei se serve indiscutivelmente a todos, contudo, até mesmo por uma questão de justiça e de segurança jurídica, para a inserção de alguns

comandos legais no ordenamento jurídico, a forma tem de ser constitucionalmente respeitada, sob pena de retroação à antiga codificação, em que o estado de culpa era ordem que vigia, e a presunção de inocência era o que tinha que ser comprovada. Ou seja, um regime manifestamente autoritário e tirânico.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, Carlos. *et al* (org.) **História das prisões no Brasil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- ALEXIS, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2 ed., 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Fábio Ferraz. Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do Júri de Juiz de Fora/MG. In: **Confluências: revista interdisciplinar de Sociologia e Direito**. Vol. 16, nº 3, 2014. p. 244-273. Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/confluencias/issue/view/1802> >. Acesso: 25/03/2021.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do Júri: de conformidade com a Lei nº 1.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional**. Ilhéus: Editus, 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional**. Renovar, 2006
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba, Juruá: 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- BITENCOURT, Carlos Cezar. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 01. 17 ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.550 de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Consultado em 24/03/2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 18/03/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941** – Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm > consultado em: 10/03/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** – CPP – Publicação Original. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 08/04/2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.914, de 09 de dezembro de 1941.** – Lei de Introdução ao Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm >. Acesso em 18/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 5.941, de 22 de novembro de 1973.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5941.htm >. Acesso em: 08/04/2021.

BRASIL. **Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm >. Consultada em: 16/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9639.htm >. Acesso em: 23/04/2021.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm >. Acesso em: 16/03/2021

BRASIL. **Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm >. Consultado em 10/03/2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm >. Acesso em: 13/05/2021.

BRETAS, Marcos Luiz. *et al* (org.). **História das prisões no Brasil**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

CADH. **Convenção Americana dos Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 26/03/2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. Exec. Léo Ferreira Leoncy. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. Exec. Léo Ferreira Leoncy. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

COMIN, Fernando da Silva. BARROS, Francisco Dirceu de. SARRUBO, Mário Luiz. Execução penal provisória no Tribunal do Júri. In: **Boletim Criminal Comentado**, nº 90, maio/2020. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20maio%201%20%20%20C.pdf >. Acesso em: 11/05/2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime-lei 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIARIO NACIONAL. **Depen lança dados do Sisdepen do primeiro semestre de 2020**. 2020. Disponível em: < <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020> >. Acesso em 10/03/2021

DDHC. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> >. Acesso em 03/03/2021.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html> >. Acesso em: 01/03/2021.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte geral. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEVES. Normanda Lizandra Lima. **Linguagem do tribunal do júri**: uma questão de ética da alteridade. 2013. Disponível em: < <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/linguagem-no-tribunal-do-juri-uma-questao-de-etica-da-alteridade> >. Acesso em: 02/04/2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. **Funções da pena no Direito Penal brasileiro**. In: Revista Jus Navigandi. 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/8334> >. Acesso em: 18/03/2021.

GOMES, Márcio Schlee. Sigilo das votações e incomunicabilidade: garantias constitucionais do júri brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n.º 67, set. 2010

–dez. 2010, p. 35-59, Porto Alegre. Disponível em: < https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1303928691.pdf >. Acesso em: 22/03/2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2007.

GOULART, Ramiro Nodare: Estado Contemporâneo e a nova realização dos direitos à liberdade e a segurança. In: **Direito fundamental a segurança e direito de liberdade: a complexa harmonia em direito penal**. Org. André Machado Maya e Pietro Cardia Lorenzoni. Porto Alegre: FMP, 2019.

GUIMARÃES, Taimar da Silva. **Reflexões acerca da ausência de fundamentação das decisões do Tribunal do Júri à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2018. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26346/1/Taimar%20da%20Silva%20Guimar%c3%a3es.pdf> >. Acesso em: 31/03/2020.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Aury Lopes. ROSA, Alexandre Morais da. Prisão obrigatória no júri é mais uma vez inconstitucional. In: **Consultor Jurídico**. 31 de janeiro de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional?imprimir=1> >. Acesso em: 09/04/2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Crítica ao Tribunal do Júri**: da falta de fundamentação das decisões à negação da jurisdição. Texto publicado por Ana Vitória Rodrigues Ferreira. 2020. Disponível em: < <https://anavitorias98.jusbrasil.com.br/artigos/857500510/critica-ao-tribunal-do-juri-da-falta-de-fundamentacao-das-decisoes-a-negacao-da-jurisdicao> >. Acesso em: 24/03/2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Aury Lopes. STRECK, Lenio. Não é admissível que, em pleno século 21, sigamos julgando por íntima convicção. In: **Consultor Jurídico**. 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/entrevista-lenio-streck-aury-lopes-jr-professores-advogados> >. Acesso em: 09/04/2021.

JUNIOR, Aury Lopes. Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual. In: **Consultor Jurídico**, 8 ago. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-08/limite-penal-tribunal-ju-ri-passar-reengenharia-processual> >. Acesso em: 02/04/2021.

JUNIOR, Durval Salge. **O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais**. Prisma Jurídico, 2002. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400105> >. Acesso em 05/03/2021.

LIMA, Carolina Alves. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. Barueri: Manole, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivações das decisões judiciais**: Estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva. 1963

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. Vol. 1. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. Exec. Léo Ferreira Leoney. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Bonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Análise crítica da prisão preventiva na Lei 12.403/2011: proposta a luz de modelos estrangeiros e da Convenção Americana dos Direitos Humanos**. 2014. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13102015-140437/publico/Tese_Mestrado_Final_Andrey_Borges_de_Mendonca.pdf >. Acesso em 07/04/2021.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão preventiva na Lei 12.403/2011**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1. 170 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7 ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da Razão Punitiva**: Nascimento da Prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASSIF, Aramis. **Júri**: instrumento da soberania popular. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NETO, Arthur da Motta Trigueiro. **Direito Penal – parte geral II**: penas até a extinção da punibilidade. Coord. Alilce Bianchini, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2012.

NICOLITT, André. Soberania dos veredictos: a garantia fundamental que pode levar à prisão? In: **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/andre-nicolitt-soberania-veredictos#author> >. Acesso em: 09/04/2021.

NORTE, Naira Leila Batista de Oliveira. **O duplo grau de jurisdição no processo administrativo disciplinar**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo-SP, nos dias 04-07 de novembro de 2009. Disponível em:

< http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2902.pdf >. Acesso em: 26/06/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e especial**. 7 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Gabrielle Ferreira de. RIBEIRO, Thiago Aramizo. A inconstitucionalidade da execução provisória da pena com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Revista Direito e Realidade**, v.7, n.8, p. 58-79/2019. Disponível em: < <http://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/1651/1092> >. Acesso em: 10/05/2021.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

REALE JUNIOR, Miguel. WUNDERLICH, Alexandre. Justiça Negocial e o vazio do Projeto Anticrime. In: **IBCCRIM, Boletim, Projeto de Lei Anticrime**, ano 27, n. 318 - edição especial – maio/2019. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Boletim-IBCCRIM_n.318.pdf > Acesso em: 11/05/2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. Exec. Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Anderson Moraes de Castro e. **Do Império à República: considerações sobre a aplicação da pena de prisão na sociedade brasileira**. Revista EPOS, Rio de Janeiro, n. 1, vol. 3, janeiro-junho de 2012. Disponível em: < http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2012000100004 >. Consultado em 07/03/2021.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes–31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Breves considerações sobre a história da pena no direito brasileiro**. Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, n. 3, vol. 2, 1998.

Disponível em:

<<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/view/155/519>>.

Consultado em 07/03/2021.

SILVA, Wellington César da. Júri: entre a soberania e a falta de conhecimento dos jurados. 2007. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2007-nov-09/entre_soberania_falta_conhecimento_jurados?pagina=3 >. Acesso em: 24/03/2021.

SOUZA, André Peixoto de. TORTATO, Carla Juliana. Tribunal do Júri: um processo essencialmente democrático ou puramente retórico. In: **Revista Direito Mackenzie**. 2019, v. 13. n. 1., p. 1-21. ISSN 2317-2622. Disponível em: < <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/12955/10396> >. Acesso em: 25/03/2021.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. A inconstitucionalidade da execução provisória de pena no Tribunal do Júri. In: **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 22, nº 57, p. 283-295, janeiro-março/2021. Disponível em: < https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_14_a%20constitucionalidade.pdf?d=637437208322559366 >. Acesso em: 10/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3360**: pauta de julgamento. 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2259375> >. Acesso em: 15/03/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4109**: pauta de julgamento. 2020. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629686> >. Acesso em: 15/03/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**: Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220> >. Acesso em: 24/03/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 71.723/SP**, Relator: Min. Ilmar Galvão. Data de julgamento: 16/06/1995 Primeira Turma. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur153219/false> >. Acesso em: 08/04/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 84.078/MG**, Relator: Min. Eros Grau. Data de julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf> >. Acesso em: 08/04/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n° 118/770/SP, Relator: Min. Marco Aurélio. Red. Acórdão: Min. Luiz Roberto Barroso. Data do Julgamento: 07/03/2017. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406> >. Acesso em: 14/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* n° 126.292/SP, Relator: Min. Teori Zavascki. Data de julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> >. Acesso em: 08/04/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corupus* n° 152.752/PR, Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 04/04/2018, Plenário. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272> >. Acesso em: 10/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n° 24.268/MG**. Rel.: Min. Ellen Gracie, Voto Vista: Min. Gilmar Mendes, p. 169. Data do Julg.: 05/02/2004, Tribunal Pleno. Data Public.: 17/09/2004. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111> >. Acesso em: 23/04/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n° 254818/PR**. 2000. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778657/recurso-extraordinario-re-254818-pr/inteiro-teor-100494802> >. Consultado em: 16/03/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos**. 2019. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359> >. Acesso em: 09/04/2021.

STRECK, Lenio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira.. **Comentários à Constituição do Brasil**. Coord. Exec. Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio. Vejam o que dez constitucionalistas dizem sobre execução provisória da pena. In **Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/veja-dez-constitucionalistas-dizem-prisao-antecipada> >. Acesso em: 08/04/2021.

TAVORA, Nestor. ALECAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 1997

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 6. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.