

DA PROVÁVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO AUTOMÁTICA PARA PENAS SUPERIORES A 15 ANOS NO TRIBUNAL DO JÚRI.

ABOUT THE LIKELY UNCONSTITUTIONALITY OF AUTOMATIC IMPRISONMENT FOR SENTENCES EXCEEDING 15 YEARS IN THE JURY TRIAL.

Rafael Nunes de Siqueira Carneiro & Diony Thiago Almeida Galvão.

Estudantes de direito do Centro Universitário ICESP, Guará, Brasília-DF.

Resumo: A prisão automática para penas superiores a 15 anos imposta pelo Tribunal do Júri tem sido objeto de debates na doutrina e na jurisprudência, estando, inclusive, no momento em que se escreve esse trabalho, na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF), que decidirá com repercussão geral sobre o tema no Recurso Extraordinário (RE) 1235340. A questão gira em torno da compatibilidade desta medida com os princípios constitucionais que garantem a presunção de inocência e a individualização da pena. A temática ganha ainda mais visibilidade após as últimas decisões do STF que envolvem o cumprimento de pena depois do trânsito em julgado (após o esgotamento de todos recursos possíveis): a Corte concluiu no final de 2019, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que o cumprimento da pena deve começar após esgotamento de todos os recursos - trânsito em julgado. Vale destacar que a Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Porém, especificamente no âmbito do Tribunal do Júri, após a modificação pelo pacote anticrime (lei nº 13.964/2019) do artigo 492 do Código de Processo Penal (CPP), que passou a prever a possibilidade de prisão automática para penas superiores a 15 anos imposta pelo Júri, alguns juristas passaram a defender que a execução da pena imediatamente após a condenação pelo Tribunal do Júri seria inconstitucional, porquanto violaria o princípio da presunção de inocência e da individualização da pena. Por outro lado, há argumentos que defendem a validade da prisão automática para penas superiores a 15 anos, como forma de garantir a segurança jurídica e a efetividade da justiça por meio da supremacia das decisões do Júri. Diante dessas ponderações, o STF se viu obrigado a enfrentar o tema (pauta atual - repercussão geral sobre o tema no Recurso Extraordinário - RE - 1235340).

Palavras-chave: prisão automática, pena superior a 15 anos, tribunal do júri, inconstitucionalidade ou não, pacote anticrime (lei nº 13.964/2019).

Abstract: Automatic imprisonment for sentences exceeding 15 years imposed by the Jury Trial has been the subject of debates in doctrine and jurisprudence, and is currently, at the time of writing this work, on the agenda of the Federal Supreme Court (STF), which will decide with general repercussion on the matter in the Extraordinary Appeal (RE) 1235340. The issue revolves around the compatibility of this measure with the constitutional principles that guarantee the presumption of innocence and the individualization of punishment. The topic gains even more visibility after the recent decisions of the STF regarding the enforcement of sentences after the final judgment (after exhausting all possible appeals): the Court concluded at the end of 2019, in the judgment of Declaratory Actions of Constitutionality (ADC) 43, 44, and 54, that the enforcement of the sentence should begin after the exhaustion of all appeals - final judgment. It is worth noting that the Federal Constitution establishes that no one shall be considered guilty before the final judgment of a

convicting criminal sentence. However, specifically within the scope of the Jury Trial, after the amendment made by the anti-crime package (law No. 13,964/2019) to Article 492 of the Code of Criminal Procedure (CPP), which now provides for the possibility of automatic imprisonment for sentences exceeding 15 years imposed by the Jury, some jurists have begun to argue that the immediate execution of the sentence after conviction by the Jury Trial would be unconstitutional, as it would violate the presumption of innocence and the individualization of punishment. On the other hand, there are arguments that support the validity of automatic imprisonment for sentences exceeding 15 years as a means of ensuring legal certainty and the effectiveness of justice through the supremacy of the Jury's decisions. Given these considerations, the STF felt compelled to address the issue (current agenda - general repercussion on the matter in the Extraordinary Appeal - RE - 1235340).

Keywords: automatic imprisonment, sentence exceeding 15 years, jury trial, constitutionality or not, anti-crime package (Law No. 13.964/2019).

Sumário: Introdução. 1. Breve resumo histórico sobre os entendimentos do STF em relação ao momento do cumprimento da pena. 2. Do cumprimento da pena no Tribunal do Júri após o pacote anticrime. 3. Dos posicionamentos em relação ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado no âmbito do Tribunal do Júri. 3.1. Dos que entendem pela constitucionalidade. 3.2. Dos que entendem pela inconstitucionalidade. 3.3. Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. 3.3.1. Do caso pertinente envolvendo a individualização da pena e o posicionamento do STF. Considerações finais. Referencial bibliográfico.

Introdução

A Constituição Federal (CF) de 1988 estabeleceu uma série de princípios e garantias fundamentais que visam assegurar a dignidade da pessoa humana e a proteção de seus direitos. Dentre esses princípios, destaca-se o da presunção de inocência, que estabelece que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A Lei nº 13.964/2019 promoveu diversas alterações no Código de Processo Penal (CPP), entre elas a modificação do artigo 492, que passou a prever a possibilidade de prisão automática para penas superiores a 15 anos imposta pelo Tribunal do Júri. Essa mudança tem sido enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência acerca de sua constitucionalidade, principalmente em relação aos princípios da presunção de inocência e a individualização da pena.

Diante desse contexto, esse trabalho busca analisar a constitucionalidade da prisão automática para penas superiores a 15 anos no Tribunal do Júri, à luz dos preceitos constitucionais e das decisões do STF, o qual verifica, no julgamento em pauta do RE

1235340 (tema 1.068), se há ou não possíveis violações aos direitos fundamentais dos acusados.

Para tanto, a presente pesquisa foi dividida em tópicos:

No tópico “1”, foi abordado sobre a evolução e as mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o momento em que se dá o cumprimento da pena, se já logo depois de sentença de segunda instância ou após o esgotamento de todos recursos (trânsito em julgado).

No tópico “2”, foi abordado o momento do cumprimento da pena quando decorrente de sentença do Tribunal do Júri, especialmente para penas iguais ou superiores a 15 anos frente às mudanças trazidas pelo chamado pacote anticrime pela lei 13.964/2019.

No tópico “3” e em seus subtópicos “3.1” e “3.2”, buscou-se verificar os principais posicionamentos contrários e favoráveis à mudança tida no Código de Processo Penal (CPP) envolvendo o tema (se é constitucional, no âmbito do Júri, a execução antecipada da pena antes mesmo do trânsito em julgado).

No tópico “3.3”, levantou-se o posicionamento, até o presente, do STF, porquanto está em pauta o recurso que trará uma resposta definitiva ao tema - Recurso Extraordinário (RE) 1235340, com repercussão geral, em que se busca responder se a denominada como prisão automática (para penas iguais ou superiores a 15 anos no âmbito do júri) é ou não constitucional.

No tópico “3.3.1”, ainda envolvendo o posicionamento do STF, considerou-se importante trazer alguns julgados - como ARE 1.052.700, de relatoria do Min. Edson Fachin - que expressam a inconstitucionalidade do art. 2º da lei 8.072/1990 (que não autorizava a progressão de regime para crimes hediondos). Embora seja, em tese, tema desconexo, a declaração para inconstitucionalidade do citado artigo ocorreu basicamente por ferir princípio intrinsecamente ligado à temática aqui abordada - individualização da pena.

Por fim, encerrou-se o presente com as considerações finais devidas, retomando-se as principais informações de maneira breve e sucinta.

Pontua-se, ainda, que a metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa foi o qualitativo, tendo-se como base a revisão bibliográfica, legal e jurisprudencial, por meio de livros, artigos, sites e das legislações pertinentes, especialmente por meio da Constituição Federal e do posicionamento jurisprudencial do STF e opiniões doutrinárias disponíveis.

1. Breve resumo histórico sobre os entendimentos do STF em relação ao momento do cumprimento da pena.

O momento do cumprimento da pena é um tema polêmico e já gerou diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) ao longo dos anos.

Até o início de 2009, o STF entendia que era possível o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. Acontece que, em fevereiro do citado ano, ao julgar o *Habeas Corpus* 84078, o Supremo mudou o seu entendimento para considerar que o cumprimento da pena só poderia acontecer após esgotar-se todos os recursos – com o trânsito em julgado – por conta do princípio da presunção de inocência (STF, HC 84078. Relator Min. Luiz Fux, julgado em 05/02/2009). Assim, somente seria possível a prisão antes do trânsito em julgado se cautelar, e atendido o art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

Em 2016, o assunto voltou a ser discutido pelo STF, *Habeas Corpus* 126292, quando o ex-presidente Lula teve a prisão determinada após ser condenado em segunda instância. Na ocasião, o tribunal voltou ao entendimento que vigorou até janeiro de 2009, possibilitando a prisão após condenação em segunda instância. Para o retorno a esse entendimento, justificou-se que os recursos após a segunda instância não têm, em regra, efeito suspensivo, ou seja, mesmo que o condenado em segunda instância recorresse por meio de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou por meio de Recurso Extraordinário ao STF, a pena seria cumprida, visto que esses recursos não suspenderiam os efeitos da aplicação da pena posta em segundo grau (STF, HC 126292. Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016).

Entretanto, em 2019, o assunto voltou a ser debatido após o pacote anticrime apresentado pelo então ministro da Justiça, Sérgio Moro, propor a alteração da Lei para permitir a prisão após a condenação em segunda instância. Ao julgar as ADCs 43, 44 e 54, por 6 votos a 5, o STF decidiu que a prisão só poderia ser executada após o esgotamento de todos os recursos, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, ADCs 43, 44 e 54. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019). Vale pontuar que a possibilidade do acusado ser preso antes do trânsito em julgado ficou declarada possível se presentes os requisitos da prisão preventiva, em decisão fundamentada pelo juiz.

Votaram a favor da possibilidade da execução da prisão após a segunda instância, no julgamento supracitado, os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto

Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (vencidos). Votaram contra a possibilidade da execução da prisão após a segunda instância os Ministros Marco Aurélio Mello (relator), Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

Foi declarada ainda, no julgamento dessas ações, que o artigo 283 do CPP é constitucional. É a literalidade do artigo mencionado: “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. Código de Processo Penal. Art. 283)..

Destacou-se, assim, que a prisão antes do trânsito em julgado pode ocorrer de forma flagrante, temporária e preventiva, não sendo possível, porém, a execução antecipada da pena com base no julgamento de segunda instância – após decisões dos Tribunais que analisam os recursos contra decisão de primeiro grau, como exemplo um Tribunal de Justiça que julga apelação interposta contra decisão de Juiz singular (STF, ADCs 43, 44 e 54. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019).

2. Do cumprimento da pena no Tribunal do Júri após o pacote anticrime.

Até o surgimento da lei 13.964 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), para se saber se a pena poderia ou não ser cumprida, os juristas e aplicadores do direito baseavam-se nos julgamentos do STF, com adequação aos posicionamentos no momento histórico, supracitados no tópico anterior. Acontece que o pacote anticrime alterou diversos pontos do CPP, entre eles o art. 492, que trata sobre a competência do Tribunal do Júri.

Antes da alteração feita no artigo 492, I, ‘e’, do CPP, estava vigente a seguinte redação: “*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;*” (grifou-se). (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941).

Com a alteração feita pelo pacote anticrime, a alínea “e” passou a ter a seguinte redação:

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. (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941).

Guilherme de Souza Nucci destaca que a alteração no artigo 492 é uma das principais mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019. Segundo o autor:

com a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019, que, entre outras medidas, deu nova redação ao art. 492 do CPP, mesmo na hipótese de recurso especial ou extraordinário com efeito suspensivo, poderá haver execução provisória da pena imposta pelo Tribunal do Júri, desde que ultrapasse 15 anos de reclusão, sejam mantidos os pressupostos processuais e as garantias constitucionais" (NUCCI, Guilherme de Souza. 2021. p. 670).

Desta forma, o legislador alterou o citado artigo 492 do CPP de forma substancial, permitindo que haja uma espécie de prisão automática e objetiva no caso de a pena na condenação pelo Júri ser igual ou superior a 15 anos.

Antônio Scarance Fernandes explica: *“uma vez fixada a pena em 15 anos ou mais pelo Tribunal do Júri, deve o acusado iniciar o cumprimento da pena em regime fechado”* (...) (FERNANDES, Antônio Scarance, 2020, p. 1.227).

Luiz Flávio Gomes completa:

A partir do advento do Pacote Anticrime, a execução provisória passou a ser obrigatória nos casos em que a condenação imposta pelo Tribunal do Júri ultrapassar a pena de 15 anos de reclusão ou de detenção, nos termos do art. 492, § 2º, do Código de Processo Penal" (GOMES, Luiz Flávio, 2021, p. 1.470).

Celso Delmanto, também abordando o aspecto da obrigação da prisão quando a pena no Júri é igual ou superior a 15 anos registra:

A redação do novo dispositivo é clara: o réu condenado em primeira instância, por decisão do júri, a pena privativa de liberdade superior a 15 anos, independentemente da interposição de recurso, iniciará o cumprimento em regime fechado. Isso implica a execução provisória obrigatória da pena (DELMANTO, Celso. 2021, p. 1.719).

Em razão dessa ideia de obrigatoriedade da prisão apenas por questão da quantidade da pena aplicada, surgiu a expressão “prisão automática”. Para reforçar essa ideia, Aury Lopes Júnior e Leonardo Garcia explicam que: *"a obrigação do cumprimento imediato da pena tem como fundamento exclusivamente o quantum da sanção"* (LOPES JÚNIOR, Aury; GARCIA, Leonardo, 2021, p. 471).

Importante ressaltar que o artigo 492 já mencionado não faz diferenciação sobre o grau de ofensividade do crime cometido, bastando a pena imposta pelo Júri ser igual ou superior a 15 anos:

No tocante à execução provisória da pena imposta pelo Tribunal do Júri, a lei não faz qualquer distinção em relação à natureza dos crimes que ensejam a condenação, de modo que a norma deve ser aplicada a qualquer espécie de delito, incluindo os de menor potencial ofensivo, desde que a pena imposta supere 15 anos" (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 1.460).

Assim, a alteração no art. 492 do CPP autoriza, em tese, a execução antecipada da pena mesmo sem o trânsito em julgado, e antes mesmo de passar pelo segundo grau em fase de apelação. Destaca-se, também, a redação dada ao 492, § 4º do mesmo código: *“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”* (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941, art. 492, § 4º). Porém, há de se atentar ao fato de que o § 5º, logo em seguida, permite excepcionalmente, o efeito suspensivo no caso de recurso que não tenha propósito meramente protelatório, que levante questão substancial e que possa resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão (BRASIL, Código de Processo Penal de 1941, art. 492, § 5º).

Em síntese, embora seja possível recorrer-se da sentença do Tribunal do Júri, essa apelação, em regra, não tem efeitos suspensivos, podendo a pena igual ou superior a 15 anos ser executada de imediato.

A dúvida que costuma surgir é: se o STF entende, atualmente, que a pena de prisão não pode ser antecipada, ou seja, somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado, por violar-se o princípio da presunção de inocência caso contrário (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal – CF), seria, considerando que a decisão dos jurados seria equivalente a uma decisão de primeiro grau, a execução antecipada da pena de prisão no júri também inconstitucional? Essa é a problemática enfrentada atualmente pelo STF no RE 1235340, ainda sem resposta definitiva. O que se tem até o momento: o texto da lei, e os posicionamentos particulares de tribunais e doutrinadores.

3. Dos posicionamentos em relação ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado no âmbito do Tribunal do Júri.

Ao chegar-se mais próximo ao mérito da discussão, é imprescindível que sejam levantados posicionamentos favoráveis e contrários à nova regra da execução antecipada das penas impostas pelo Júri quando as condenações forem iguais ou superiores a 15 anos. Vale assentar o fato de que a mudança é nova e atual (final de 2019), tanto que ainda está em discussão no STF. Assim sendo, poucos doutrinadores apresentaram seus argumentos publicamente. Menos ainda juristas expuseram sua opinião fundamentando seus argumentos em alguma norma ou princípio. Assim, limitou-se o estudo a trazer os posicionamentos localizados até então.

3.1. Dos que entendem pela constitucionalidade.

A maioria dos defensores da constitucionalidade da mudança trazida pelo pacote anticrime sobre a execução antecipada da pena no âmbito do Júri baseiam-se no princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, 'c').

O princípio da soberania dos veredictos é um princípio fundamental do sistema acusatório, e serve também como garantia ao réu, no qual o júri é considerado o juiz natural das causas criminais que envolvam crimes dolosos contra a vida. Isso significa que as decisões do júri são soberanas e não podem ser ignoradas por outros órgãos do poder judiciário. Essa é também forma de preservação dos direitos fundamentais do acusado, como a presunção de inocência e o direito ao devido processo legal (NICOLITT, André. Conjur, publicado em 16/06/2020).

O artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal garante o princípio da soberania dos veredictos proferidos pelo júri, *in verbis*: "XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida". (BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVIII).

Segundo Guilherme de Souza Nucci a soberania do Júri é *"a mais importante garantia de sua existência e se traduz na intangibilidade do veredicto popular, que não poderá ser modificado pelo juiz sentenciante, ressalvados os casos expressamente previstos em lei"* (NUCCI, 2019, p. 884).

Completando a ideia trazida por Nucci sobre a soberania do Júri ser uma garantia aos jurados, diz Aury Lopes Jr. que a soberania do júri não é somente uma garantia, mas também um princípio fundamental: *"é um princípio fundamental do júri, que é a garantia da intangibilidade do veredicto. Isso significa que o juiz não pode reexaminar o mérito do julgamento feito pelo júri"* (LOPES JR., 2018, p. 994).

É justamente essa força de princípio fundamental da soberania do Júri que é invocada pela maioria dos que apresentam sua visão favorável à constitucionalidade da nova regra de que se pode executar a pena antecipadamente no caso dos jurados condenarem o réu a uma pena igual ou superior a 15 anos.

Nessa linha, o Enunciado nº 37 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): *"A execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri é constitucional, fundamentando-se no princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, 'c')"* (Enunciado 37 CNPGE/GNCCRIM, 2020).

Também nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que não corresponde à totalidade dos ministros da Corte, entendeu como constitucional a execução antecipada da pena no âmbito do Tribunal do Júri:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE. [...] 2. Não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Decisão alinhada com a orientação firmada no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki. 3.[...] 4. Embargos rejeitados. (HC 118770 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe116 DIVULG. 12-06-2018 PUBLICAÇÃO EM 13-06-2018)

Imperioso perceber que o julgamento do arresto supracitado foi proferido antes mesmo da mudança feita no art. 492 do CPP pelo pacote anticrime, e, por isso, não há menção da quantificação temporal da pena aplicada.

Além do posto acima, alguns juristas defendem a constitucionalidade da execução imediata da pena imposta no júri, como Rafael Schvez Kurkowski:

Não conferir efeito imediato à decisão dos jurados consiste em infração à democracia. Logo, a submissão, por intermédio do recurso, da eficácia, da decisão do júri a um tribunal que não tem competência para reformá-la quanto ao fato decidido constitui inadmissível ofensa à democracia. Aliás, repisa-se, essa conformação torna indevidamente o poder jurisdicional - que emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF) - um poder capenga: a sociedade pode decidir, mas não pode cumprir imediatamente a sua vontade. Então, qual a serventia da titularidade do poder? (KURKOWSKI, Rafael Schvez, p. 38. 2019).

O jurista supracitado é um dos poucos até a presente data que se manifestaram publicamente pela constitucionalidade da prisão imediata após a condenação em 1º grau no Tribunal do Júri. Há diversos vídeos de Rafael Kurkowski em redes sociais, como *YouTube*, em que se debate o tema. O autor leva em consideração esse aspecto democrático conferido ao povo, visto que esse é o detentor do poder, para frisar que suas decisões não podem deixar de ter imediato efeito.

Na mesma página, supra referenciada, do seu artigo “o cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do Júri”, fica clara, em sua conclusão, ao menos ao que parece, a posição contratualista do autor, considerando que ao conferir parte de seu poder - do povo - ao Estado, espera-se que este respeite as decisões do real detentor desse poder, porquanto o povo é o seu verdadeiro detentor, o que considera-se historicamente pactuado.

3.2. Dos que entendem pela inconstitucionalidade.

Em âmbito doutrinário, estão em maioria os que entendem pela inconstitucionalidade do cumprimento antecipado da prisão antes mesmo de se passar por uma segunda instância, como Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa, André Nicolitt, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli, Guilherme Madeira Dezem, Guilherme de Souza Nucci, Paulo Henrique Fuller, Paulo Queiroz e Renato Brasileiro de Lima.

O argumento mais comum entre os que entendem pela inconstitucionalidade é o de que a prisão automática antes do esgotamento dos recursos viola alguns princípios constitucionais, especialmente os da individualização da pena e o da presunção de inocência.

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, XLVI da CF, enquanto o da presunção de inocência está no LVII do mesmo artigo.

Para Nucci, o princípio da individualização da pena quer dizer que:

a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. (NUCCI, 2014. p.27).

Já o princípio da presunção de inocência, para ele, tem força em todo o ciclo processual, tendo o juiz que considerar o réu inocente até que se esgote todos os recursos:

Como argumento contrário à execução provisória da pena, invoca-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Se o réu é inocente até que a decisão condenatória se torne definitiva, não seria possível fazê-lo cumprir antecipadamente a pena. Ocorre que os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, servem para proteção do indivíduo, e não para prejudicá-lo, o que aconteceria caso fosse levado como causa impeditiva da execução provisória. (NUCCI, 2014. p.321).

Percebe-se que, já em 2014, o autor supramencionado tinha a visão de que os direitos e garantias fundamentais servem de proteção e que, caso se chocassem com outros direitos e garantias fundamentais, deveriam prevalecer os que mais protejam e menos prejudiquem o indivíduo.

Paulo Queiroz, ao falar sobre o assunto em seu artigo denominado “A nova prisão preventiva – Lei nº 13.964/2019”, mais especificamente no âmbito do júri, diz que a prisão automática:

(...) além de incoerente e ilógica, é claramente inconstitucional, visto que: 1) ofende o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII), razão pela qual toda medida cautelar há de exigir cautelaridade, especialmente a prisão preventiva; 2) viola o princípio da isonomia, já que condenações por crimes análogos e mais graves (v.g., condenação a 30 anos de reclusão por latrocínio) não admitem tal exceção, razão pela qual a prisão preventiva exige sempre cautelaridade; 3) estabelece critérios facilmente manipuláveis e incompatíveis com o princípio da legalidade penal, notadamente a pena aplicada pelo juiz-presidente; 4) o só fato de o réu sofrer uma condenação mais ou menos grave não o faz mais ou menos culpado, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o quanto de pena aplicado; 5) a gravidade do crime é sempre uma condição necessária, mas nunca uma condição suficiente para a decretação e manutenção de prisão preventiva. Como é óbvio, a exceção está em manifesta contradição com o novo art. 313, §2º, que diz: Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena. Já vimos também que tal exceção não é legítima com base na soberania dos

veredictos (QUEIROZ, Paulo. A nova Prisão Preventiva - Lei 13.964/2019. 2020).

Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, no artigo chamado “Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional”, publicado em 31 de janeiro de 2020, no Conjur, afirmam que tal medida “*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*”. Completam:

Se o STF já reconheceu ser inconstitucional a execução antecipada após a decisão de segundo grau, com muito mais razão é inconstitucional a execução antecipada após uma decisão de primeiro grau (o tribunal do júri é um órgão colegiado, mas integrante do primeiro grau de jurisdição). (LOPES JR, Aury. e MORAIS DA ROSA, Alexandre, Conjur. 2020).

Para Streck, em sua publicação em 12 de agosto de 2019 no Conjur, denominada “Júri: prisão e vedação de apelação para a acusação - a decisão do STF”:

(...)Disso se tem: (i) Decisão de jurado equivale a “trânsito em julgado”? Não. Não equivale. Tenho que é inconstitucional tal posição que justifica a imediata execução da pena. Sob nenhuma hipótese a soberania do júri implica cumprimento imediato da pena. Júri é primeiro grau. Se a soberania do júri é direito fundamental (garantia), como pode se virar (ou ser usada) contra o réu? Não esqueçamos que cada tese tem uma antítese: se a decisão do júri “prende” de imediato, então não cabe recurso da absolvição. Simples assim. Salvo se existir nulidade. Mesmo assim, essa nulidade não pode prejudicar o acusado. É impressionante como o próprio Supremo resolveu usar as garantias contra os próprios beneficiários dessas garantias. No Brasil, o *in dubio pro reo*, consagrado já na mitologia grega, agora virou *in dubio contra o réu* (STRECK, Lênio Luiz. 2019).

Para Renato Brasileiro de Lima:

(...) A busca por um sistema penal mais eficiente não autoriza a conclusão no sentido de que a soberania dos veredictos admite a execução provisória de decisão condenatória proferida pelo Júri. Se a permanência do acusado em liberdade após a condenação de primeira instância pelo Júri representa um risco à execução da pena ou à garantia da ordem pública, impõe-se a decretação da prisão cautelar. Agora, ausente o *periculum liberatis* a que se refere o art. 312 do CPP, não se pode admitir a execução provisória de uma prisão penal (...). (LIMA, Renato Brasileiro de. 2021, p. 1355).

Para além da doutrina, que é majoritária no sentido da inconstitucionalidade da prisão automática no Júri, há decisões monocráticas na Segunda Turma do STF, em oposição à Primeira, com entendimento de que a medida é inconstitucional:

“Habeas Corpus”. Condenação recorrível emanada do Júri. Determinação do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, ordenando a imediata sujeição do réu sentenciado à execução antecipada (ou provisória) da condenação criminal. Invocação, para tanto, da soberania do veredicto do Júri. Inadmissibilidade. Inexistência, a propósito de condenações recorríveis proferidas por órgãos judiciários de primeira instância (como o Tribunal do Júri), de decisões do Supremo Tribunal Federal revestidas de efeito geral e de eficácia vinculante. Consequente inaplicabilidade, às decisões do Conselho de Sentença, de precedentes do Supremo Tribunal Federal que autorizam a execução penal antecipada, pelo fato de tais julgados referirem-se a condenações penais proferidas ou mantidas por Tribunais de segundo grau, posição institucional evidentemente não ostentada pelo Tribunal do Júri. A questão da soberania dos veredictos do Júri. Significado da cláusula inscrita no art. 5º, inciso XXXVIII, “c”, da Constituição. Caráter não absoluto da soberania do Júri. Doutrina. Precedentes. Existência, ainda, no presente caso, de ofensa ao postulado que veda a “reformatio in pejus”. [...]. Prisão cautelar decretada na hipótese de condenação penal recorrível: instituto de tutela cautelar penal inconfundível com a esdrúxula concepção da execução provisória ou antecipada da pena. Medida cautelar concedida”. (HC 174.759/CE, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento em 20/09/2019).

Igualmente é o posicionamento da 6ª Turma do STJ:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRIPLO HOMICÍDIO, LESÃO CORPORAL E USO DE DOCUMENTO FALSO. EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO VEICULAR. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO AUTOMÁTICA DECORRENTE DE CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DO JÚRI. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O decreto de prisão, *in casu*, está calcado no entendimento de que seria possível a execução provisória da pena, ante o veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri. 2. No âmbito desta Corte Superior, é ilegal a prisão preventiva, ou a execução provisória da pena, como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Precedentes. 3. A compreensão do Magistrado, ainda que calcada em precedente oriundo da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não foi endossada pelo Plenário daquela Corte. Nesse toar, cabe salientar que existe precedente posterior da Segunda Turma do STF julgando pela impossibilidade da execução provisória da pena, mesmo em caso de condenação pelo Tribunal do Júri (STF: HC n. 163.814/MG, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 19/11/2019). Vale ressaltar, ainda, que a referida decisão da Primeira Turma do STF foi tomada antes do resultado das ADCs n. 43/DF, n. 44/DF e n. 54/DF, julgadas em 7/11/2019. 4. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a existência de motivos concretos, novos ou contemporâneos que justifiquem a necessidade

da prisão preventiva. Liminar confirmada (HABEAS CORPUS 560.640 – DF).

Ainda no âmbito do STJ, foi publicado, em seu informativo 730, a posição da Quinta Turma de que, embora haja alteração pela Lei 13.964/2019 no art. 492 do CPP, é ilegal a execução provisória da pena:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENA IGUAL OU SUPERIOR A 15 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 492, I, DO CPP. PRISÃO AUTOMÁTICA. ILEGALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA N. 1.068 PENDENTE DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE CAUTELARIDADE. AGRAVO PROVIDO. 1. O STF, no julgamento das ADCs n. 43, 44 e 54, assentou a ilegalidade da execução provisória da pena quando ausentes elementos de cautelaridade, previstos no art. 312 do CPP. 2. Estando pendente de julgamento no STF o Tema n. 1.068, em que se discute a constitucionalidade do art. 492, I, do CPP, deve ser reafirmado o entendimento do STJ de impossibilidade de execução provisória da pena mesmo em caso de condenação pelo tribunal do júri com reprimenda igual ou superior a 15 anos de reclusão. 3. Agravo regimental provido para conceder a ordem pleiteada. (AgRg no HC 714.884/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 24/03/2022).

Dessa forma, para o STJ, enquanto não se tem uma posição final do STF, deve-se entender pela impossibilidade de execução antecipada da pena no âmbito do Júri.

3.3. Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não pacificou o tema. O Recurso Extraordinário (RE) 1235340, em pauta, com repercussão geral, pode trazer uma resposta mais palpável sobre a inconstitucionalidade ou não da prisão automática para penas iguais ou superiores a 15 anos proferidas pelo Tribunal do Júri.

Embora ainda ausente a pacificação em relação a inconstitucionalidade, há diversas decisões do STF e votos dos Ministros em casos que guardam relação temática.

No julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, a Corte decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o trânsito em julgado da condenação para o início do cumprimento da pena.

O Art. 283 do CPP, seguindo a lógica constitucional (art. 5º, LVII) diz que “*ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*” (BRASIL, Código de Processo Penal, art. 283).

O STF entendeu ao julgar as ADCs supracitadas que o art. 283 do CPP é constitucional, porquanto está de acordo com o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Essa decisão esclarece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP.

Na ADC 54-DF, por exemplo, O Ministro Celso de Mello, em seu voto, assim mencionou o assunto:

(...)9. Inconstitucionalidade da execução antecipada (ou provisória) de condenação penal ainda recorrível imposta pelo Tribunal do Júri.

Impõe-se assinalar, finalmente, que a questão submetida a julgamento, nestas ações de controle abstrato, limita-se à análise em torno da possibilidade de efetivar-se a execução antecipada de acórdão condenatório proferido em segunda instância, não havendo qualquer pronunciamento decisório desta Corte, revestido de efeito geral e de eficácia vinculante, que reconheça a legitimidade da imediata execução de sentença condenatória recorrível emanada do Tribunal do Júri.

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

(...) São essas as razões que tornam **inaceitável a conclusão de que a soberania do veredicto do júri legitimaria a execução antecipada ou meramente provisória da condenação proferida, em primeira instância, pelo Conselho de Sentença**”. (Grifou-se). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 54/DF. Voto do ministro Celso de Mello. Página 67 do seu voto, e página 405 do acórdão de 07/11/2019).

Embora o Ministro Celso de Mello tenha se pronunciado pela “*inaceitável conclusão de que a soberania do veredicto do júri legitimaria a execução antecipada*” (ADC 54/DF. Voto do ministro Celso de Mello. Página 67 do seu voto), de maneira contrária, o Ministro Dias

Toffoli, Presidente da Corte à época, na mesma ADC, fez pronunciamento segundo o qual o Tribunal do Júri é Tribunal de única instância, defendendo a imediata execução da pena:

Daí, com a devida vênia de quem entenda o contrário, para mim, é chocante verificar que, em muitos casos concretos, o parente da vítima assassinada vê e assiste, muitas vezes, no plenário do júri, a um veredicto de condenação e, ao final, o juiz diz que o condenado pode recorrer em liberdade. E aqui não é decisão em segunda instância, Ministro Fachin, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Luiz Fux, Ministra Cármen Lúcia! Aqui é decisão em única instância, na qual eu defendo que haja execução imediata! E já votei assim. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 54/DF. Voto do ministro Dias Toffoli. Página 29 do seu voto, e página 448 do acórdão de 07/11/2019).

Como posto anteriormente, o julgamento que melhor trará uma resposta, com repercussão geral, é o do RE 1235340, que está suspenso por conta do pedido de vista do ministro André Mendonça. A ideia central do julgamento é resolver se soberania dos veredictos deve prevalecer sobre a presunção de inocência ou não culpabilidade.

Apresentaram seus votos até o momento os Ministros Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes, que tiveram o mesmo entendimento a favor da execução imediata das penas impostas pelo júri (RE 1235340. STF. Relator Min. Roberto Barroso, em pauta).

O decano do STF, Gilmar Mendes, abriu divergência. Ele foi seguido pelo ministro Ricardo Lewandowski, os quais consideram não ser cabível a execução imediata da pena imposta, permitindo apenas a prisão preventiva justificada. Os outros Ministros ainda não proferiram voto (RE 1235340. STF. Relator Min. Roberto Barroso, em pauta).

Interessante destacar que, ao julgar as já citadas ADCs 43, 44 e 54, em 2019, o Ministro Dias Toffoli entendeu que a prisão só poderia ser executada após o esgotamento de todos os recursos, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Porém, ao votar no RE em pauta (RE 1235340), considerou que a execução imediata das penas impostas pelo júri seria constitucional.

Segundo diversos doutrinadores, as oscilações jurisprudenciais da Suprema Corte em relação ao tema causam insegurança jurídica. Nas palavras de Antônio Scarance Fernandes:

O STF, ao longo dos anos, oscilou na definição do momento da execução da pena, o que gerou uma enorme insegurança jurídica. Para combater a impunidade e garantir a efetividade da Justiça penal, é necessário que haja

uma decisão uniforme e clara sobre a matéria, fixando um posicionamento definitivo e coerente. (FERNANDES, Antônio Scarance. 2016. p. 366)

Para Norberto Cláudio Pâncaro Avena:

A questão da execução provisória da pena após a condenação em segundo grau foi alvo de grandes debates e mudanças de posicionamento por parte do STF. Tais mudanças geraram uma insegurança jurídica para a sociedade e para os operadores do Direito, que precisam lidar com um cenário de incertezas e mudanças bruscas no entendimento jurisprudencial. (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. 2021. p. 550)

Para Capez, as mudanças não são apenas constantes, mas bruscas:

A instabilidade do STF em relação à prisão em segunda instância gerou uma insegurança jurídica, com diversas decisões conflitantes e mudanças bruscas de entendimento. Essa situação afeta não apenas os condenados, mas também a sociedade como um todo, que precisa de um sistema de justiça coerente e previsível para confiar na efetividade do combate à criminalidade. (CAPEZ, Fernando. 2021. p. 613).

Uma posição pacificada por parte da Suprema Corte para declarar ou não a inconstitucionalidade do mandado de prisão automático quando a pena for igual ou superior a 15 anos no Tribunal do Júri é esperada, afinal, como guardião da Constituição, deve ela dizer se as modificações postas pela lei 13.964/2019 podem ou não ter ofendido alguns dispositivos constitucionais, como o art. 5º, LVII.

3.3.1. Do caso pertinente envolvendo a individualização da pena e o posicionamento do STF.

Em reforço ao já posto sobre o princípio da individualização da pena, o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, diz que: *"a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade;"* (BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLVI).

Vale destacar que, embora a prisão automática no Júri não tenha relação direta com o julgamento do STF sobre a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime para

crimes hediondos (que gerou a súmula vinculante 26), ambos tratam da importância do princípio da individualização da pena e da necessidade de analisar as circunstâncias do caso concreto antes de aplicar medidas restritivas de direitos ou liberdade.

A Corte definiu a seguinte tese ao julgar o ARE 1.052.700, de relatoria do Min. Edson Fachin: *“é inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal”* (BRASIL, STF. ARE 1052700, relator Min. Edson Fachin. P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018, tema 972).

A principal consequência dessa já antiga posição foi a consolidação da Súmula Vinculante 26. É a inteligência da súmula:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico (BRASIL. STF. Súmula Vinculante 26).

A súmula esclarece que a progressão de regime é compatível no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, visto que o princípio da individualização da pena é válido não somente em todas as fases do processo, como na fase de execução da pena. Usou-se, para tanto, diversos precedentes antigos, como o HC 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio:

PENA — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA — CRIMES HEDIONDOS — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — ÓBICE — ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990 — INCONSTITUCIONALIDADE — EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990. (HC 82.959, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006).

No julgamento sobre a proibição de progressão de regime para crimes hediondos, o STF entendeu que a vedação da progressão violava o princípio da individualização da pena, uma

vez que impedia a análise da evolução do condenado e as circunstâncias do crime, declarando a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990. A decisão destacou que a vedação da progressão de regime era uma medida desproporcional e inconstitucional, já que feria o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, STF. HC 82.959, rel. Min. Marco Aurélio, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006).

Restou dessa decisão que, ao alegar-se que o condenado por crime hediondo não poderia progredir de regime, viola-se o princípio da individualização da pena, porquanto cria-se regra geral para todos, o que é contrário à individualização da pena. Inclusive, desta decisão, como dito, decorre a súmula vinculante 26. O boletim informativo do STF nº 418 adverte:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal -v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se **que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vista à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional.** (Grifou-se). (BRASIL. STF. HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006).

A inteligência do informativo acima é clara sobre a ilegalidade de criar-se regra geral para todos na aplicação ou execução de pena, ou no reexame dessa aplicação, por violar-se o princípio da proporcionalidade, porque atinge-se um de seus braços, a individualização da pena.

De maneira similar, o Supremo deve analisar se a aplicação automática da prisão preventiva para crimes com penas superiores a 15 anos no Tribunal do Júri pode ferir o princípio da individualização da pena, uma vez que pode não estar levando em conta as circunstâncias do caso concreto e as particularidades do réu – apenas considera o *quantum* da pena.

Deve-se lembrar que, nas palavras de Aury Lopes Júnior e Leonardo Garcia: "a obrigação do cumprimento imediato da pena tem como fundamento exclusivamente o *quantum* da sanção" (LOPES JÚNIOR, Aury; GARCIA, Leonardo, 2021, p. 471). Dessa forma, a própria lei 13.964/2019 criou uma regra geral para todos os que recebam uma condenação igual ou

superior a 15 anos, independentemente de qualquer outro aspecto concreto ao fato criminoso. Em outras palavras, basta que se atinja o *quantum* penal, e será preso.

De maneira semelhante, o arresto supramencionado considerou que a impossibilidade, no art. 2º da lei 8072/90, para progressão de regime nos casos de crimes hediondos feria a individualização da pena, por esse mesmo motivo - *ex lege* criou-se regra geral e objetiva, desconsiderando-se qualquer subjetividade do indivíduo ou do caso concreto.

Assim, assemelham-se as duas situações não em sua matéria, nem em seu objeto, mas em um dos princípios envolvidos (individualização da pena): de uma lado, bastava-se cometer um crime hediondo para ser proibido de poder progredir a pena; de outro, basta-se o *quantum* penal da sentença do Júri atingir 15 anos para ser, em regra, proibido de recorrer em liberdade.

Ambas as questões destacam a importância de analisar-se cada caso individualmente e aplicar medidas restritivas de forma proporcional e adequada.

Por fim, registra-se que se tem ciência que este trabalho não faz uma abordagem complexa e detalhada envolvendo a comparação das duas situações (prisão automática para penas iguais ou superiores *vs* impossibilidade de progressão para crimes hediondos), porquanto não é o objeto finalístico da pesquisa, podendo ser futuramente explorada em outro trabalho com o devido cotejo analítico, mas se achou por bem o sucinto levantamento.

Considerações finais

A Suprema Corte brasileira mudou seu posicionamento por diversas vezes sobre a possibilidade da execução da pena antes do esgotamento de todos os recursos possíveis. O posicionamento atual é o de que é inconstitucional a execução antecipada da prisão antes do trânsito em julgado.

Acontece que, com o pacote anticrime, o art. 492 do CPP foi alterado para possibilitar a execução imediata de espécie de pena imposta em primeiro grau - após a sentença do Júri.

Há quem entenda que a medida é constitucional, visto que as decisões do Júri são soberanas. Há outros que entendem que, embora soberanas, as decisões do Júri não são imutáveis, e que tal medida violaria principalmente dois princípios: o da individualização da

pena e o da presunção de inocência (posição majoritária da doutrina). Vale lembrar, que a soberania do Júri também é proteção ao réu, e que, ao deparar-se com dois ou mais direitos fundamentais em choque (soberania dos veredictos, individualização da pena, presunção de inocência), deve-se colocar na balança qual prevalece por ser mais protetivo e menos prejudicial ao indivíduo (NUCCI, 2014, P. 321).

Mais especificamente em relação à individualização da pena, a alteração no artigo supracitado do CPP permite a prisão de forma objetiva apenas por considerar o *quantum* da pena, sem considerar o *periculum liberatis* ou outra condição ao caso concreto.

Uma das críticas feitas por alguns doutrinadores, como Renato Brasileiro de Lima, é de que não há sentido em executar-se obrigatoriamente, por força de lei, uma pena apenas por questão de quantificação, afinal, para ele, já existem formas de se prender cautelarmente caso haja o *periculum liberatis* (LIMA, Renato Brasileiro de. 2021, p. 1355).

Outras diversas críticas são levantadas, como as de Paulo Queiroz. Ele entende que o juiz poderia manipular a pena para que o réu fosse objetivamente preso; que ofende o princípio da isonomia, já que um eventual condenado em 30 anos por latrocínio não teria objetivamente a prisão decretada, o que poderia ser desproporcional quando comparado ao condenado a 15 anos no Júri; que o crime mais ou menos grave não é justificativa para uma prisão objetiva, já que a culpabilidade tem a ver com a prova produzida nos autos e com os critérios de valoração da prova, não com o *quantum* de pena aplicado (QUEIROZ, Paulo. A nova Prisão Preventiva - Lei 13.964/2019. 2020).

Aury Lopes Jr., um dos principais criticantes da prisão automática, entende que tal medida viola a presunção constitucional de inocência, tratando o réu como culpado (LOPES JR, Aury. e MORAIS DA ROSA, Alexandre, Conj. 2020).

Streck diz que ao decretar-se a prisão apenas por questão do *quantum* é dizer erroneamente que a decisão do Júri equivaleria a um trânsito em julgado (STRECK, Lênio Luiz. 2019).

Por sinal, embora o Ministro do STF Dias Toffoli entenda que o Júri é Tribunal de única instância (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 54/DF. Voto do ministro Dias Toffoli. Página 29 do seu voto, e página 448 do acórdão de 07/11/2019), com base em Streck (supracitado), não estaria tal afirmação correta, visto que é cabível a apelação das decisões dos jurados. Ora, como seria possível a apelação da decisão de Tribunal de única instância? Não existe.

Vale pontuar que, mais uma vez, a soberania dos veredictos é sim direito aos jurados, mas também é, na mesma medida, garantia ao acusado, e, ao deparar-se com dois princípios conflitantes, como, aqui, o da individualização da pena *vs* a soberania dos veredictos, deve-se colocar na balança qual deve prevalecer por ser mais protetivo e menos prejudicial ao indivíduo (NUCCI, 2014, P. 321).

O STF, em caso alheio, mas que envolve tal princípio (individualização da pena), no HC 82.959, de relatoria do Min. Marco Aurélio, já decidiu a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/ 1990 levando em consideração tal princípio, visto que a negação de progressão de regime de forma objetiva é maneira de criar-se regra geral para todos, sendo portanto inconstitucional por violar a individualização.

Legitima-se, então, a possibilidade de ser também questionada a inconstitucionalidade do art. 492, I, ‘e’, do CPP, pela mesma fundamentação: poderia ser inconstitucional por criar-se regras gerais para todos *ex lege*, assim como o art. 2º da lei sobre os crimes hediondos fazia, o que acabou por gerar sua inconstitucionalidade. É o que a Suprema Corte terá que resolver no RE 1235340 (tema 1.068).

Em síntese, ao se fazer o cotejo analítico, a questão que se apresenta é a seguinte: se negar a progressão de regime de forma objetiva é inconstitucional, vez que viola a individualização da pena por se criar regra geral para todos, onde se apresentaria a regra da individualização no caso do art. 492, I, e, do CPP? Ainda não há resposta completa a essa pergunta, mas a maior parte da doutrina entende que a mudança trazida pelo pacote anticrime é inconstitucional, o que se mostra mais aparente.

Embora a maior parte da doutrina tenha esse posicionamento, seguido pelo posicionamento dominante do STJ, a constitucionalidade ou não dependerá da decisão do plenário do Supremo, que, até o presente, apresentou 4 votos a favor da execução antecipada, e 2 contrários no julgamento do RE 1235340, em pauta.

Claro, também existe importância na visão dos que entendem pela constitucionalidade da execução antecipada da pena no Júri, porém, não há como negar que estão aparentemente em minoria. Um de seus argumentos mais fortes é o de que as decisões do Júri são supremas, como o de Rafael Kurkowski (KURKOWSKI, Rafael Schwez, ‘‘o cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri’’). P. 38. 2019), entretanto, não se deve deixar no esquecimento que não são elas absolutas, como todos os outros direitos

fundamentais, dos quais, se encontram na mesma Carta Magna, e com o mesmo peso, os princípios da individualização da pena e presunção de inocência.

Parece mais prudente, seguindo a maioria, considerar a execução imediata da pena de primeiro grau do Júri, apenas baseada na quantidade da pena, inconstitucional, visto ser mais prejudicial ao acusado, que ainda poderá, ao longo do processo, provar sua inocência.

Referencial bibliográfico.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BRASIL, **Código de Processo Penal brasileiro**.

BRASIL, **Lei nº 13.964/2019**.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **HABEAS CORPUS 560.640 – DF**.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Informativo 730**.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADCs 43, 44 e 54**.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ARE 1.052.700 RG**, rel. min. Edson Fachin, P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018, **Tema 972**.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ARE 1.052.700 RG**, rel. min. Edson Fachin, P, j. 2-11-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Habeas Corpus 84078**.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 111840**, rel. min. Dias Toffoli, julgado em 27.06.2012.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 126292**.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 174.759/CE**, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento em 20/09/2019.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **HC 82.959**, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 23-2-2006, DJ de 1º-9-2006.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Súmula Vinculante 26**.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Primeira Turma, **HC 118770 ED/SP**. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Julgamento em 04/06/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPGE) e GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM), **Enunciado n. 37**. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JAN_EIRO_2020.pdf. Acesso em 16/05/2023.

DELMANTO, Celso. **Código de Processo Penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 142.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2021, E-book (item 492.2.1- não paginado).

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Capítulo 3. Alterações ao Código de Processo Penal. In: JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo**. Gustavo Junqueira [et al.]. 02 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, E-book (não paginado).

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **A Execução Provisória da Pena no Tribunal do Júri**. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll. Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020, p. 422-444.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. **O cumprimento imediato da sentença condenatória justificado pelo caráter democrático do júri**. Revista direito e liberdade, Natal, v. 21, n. 3, p. 267-315, set./dez.2019b. Disponível: http://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1890/822. Acesso em: 16/05/2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado** / Renato Brasileiro de Lima – 6. Ed, ver., atual. E ampl. – Salvador: Juspodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/2019 - Artigo por Artigo**. 01 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 337-338.

LOPES JR., A.; MORAIS DA ROSA, A. **Prisão obrigatória no júri é mais uma vez inconstitucional**. Consultor Jurídico, Notícias, Limite Penal, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>. Acesso em: 16/05/2023.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR., Aury; GARCIA, Leonardo. **Execução penal**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional**. São Paulo: Consultor Jurídico, 31 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional>>. Acesso em: 16/05/2023.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Execução Imediata da Pena no Júri**. 6 de mai. de 2021. Disponível em: <https://www.leonardomarcondesmachado.com.br/post/execu%C3%A7%C3%A3o-imediata-da-pena-no-j%C3%BAr>. Acesso em: 16/05/2023.

NICOLITT, André. **Soberania dos veredictos: a garantia fundamental que pode levar à prisão?** São Paulo: Consultor Jurídico, 16 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/andre-nicolitt-soberania-veredictos>>. Acesso em: 16/05/2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada** / Guilherme de Souza Nucci. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, versão digital.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 17. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 02 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, E-book (item 14.10 - não paginado).

QUEIROZ, Paulo. **A Nova Prisão Preventiva – Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/a-nova-prisao-preventiva-lei-n-13-964-2019/>>. Acesso em: 16/05/2023.

QUEIROZ, Paulo. **Execução imediata das condenações do júri?** Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/execucao-imediata-da-condenacao-pelo-tribunal-do-juri/>>. Acesso em: 16/05/2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Júri: prisão e vedação de apelação para a acusação - a decisão do STF**. Ago. 2019. Conjur, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/streck-juri-prisao-vedacao-apelacao-acusacao>. Acesso em: 16/05/2023.