

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA APÓS ÉDITO CONDENATÓRIO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÕES PENAIS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INADMISSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO QUANTO AO JUÍZO FORMULADO EM RELAÇÃO AOS FATOS. RESPEITO AO TEXTO CONSTITUCIONAL. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição da República, em face de acórdão proferido, em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*, pelo Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo interno deduzido contra decisão monocrática em que dado provimento à insurgência defensiva para determinar a soltura imediata do réu.

2. Na presente sede recursal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ora recorrente, aponta violação do art. 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal (soberania dos veredictos), pois é *o povo quem dá a última palavra nos crimes dolosos contra a vida. Portanto, se os jurados consideram o réu culpado, já não se pode falar em presunção de inocência, de modo que não há motivos para se impedir a execução provisória da pena do Réu já condenado pelo Tribunal Popular, porquanto eventual interposição de recurso de apelação não possibilitará ao Tribunal a reapreciação dos fatos e das provas, na medida em que a*

responsabilidade penal do acusado foi assentada soberanamente pelo Júri.

3. O princípio da presunção da inocência, em sua versão moderna, tem significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*, traduzindo, a formulação, a ideia de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, o que impõe, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação. A presunção de inocência também protege o processado, sob esse aspecto, de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado.

4. Impõe-se o respeito ao texto da Constituição, a partir do consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras, e observada a tecnicidade dos conceitos jurídicos.

5. O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete. Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não é dado, ao intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.

5. Tal como acentua Gustavo Henrique

Badaró, a *soberania dos veredictos deve ser entendida como a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa.* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020). Disso resulta que, ao apreciar eventual recurso, decisão proferida pelo Tribunal não se sobrepõe ao juízo formulado pelos jurados quanto aos fatos, ou seja, *a decisão dos jurados não é substituída pelo Tribunal de Justiça, que se limita a cassá-la, determinando que novo julgamento seja proferido. A soberania significa que o tribunal popular dará a última palavra quanto ao mérito dos crimes de competência do júri* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

6. É por essa razão que a jurisprudência firme e consolidada desta Suprema Corte admite, com fundamento no art. 593, III, do Código de Processo Penal a interposição de apelação pelo réu, sem que isso signifique violação da soberania dos veredictos.

7. O conteúdo da garantia da soberania dos veredictos consubstancia a impossibilidade de o Tribunais substituírem o juízo quanto aos fatos formulado pelos jurados, de modo que a palavra final quanto às questões probatórias compete exclusivamente ao povo integrante do corpo de jurados.

8. Não se extrai, contudo, da soberania dos veredictos a imposição constitucional de execução provisória da pena desde a condenação proferida pela primeira instância. Na realidade, o art. 5º, LVII, da Constituição da República encerra proibição peremptória de execução provisória de qualquer pena, o que não se altera pela soberania dos veredictos.

5. Recurso extraordinário desprovido.

VOTO-VOGAL

A Ministra Rosa Weber (Presidente): 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição da República, em face de acórdão proferido, em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*, pelo Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo interno deduzido contra decisão monocrática que deu provimento à insurgência defensiva para determinar a soltura imediata do réu.

2. Na origem, o ora recorrido foi condenado pelo Juízo de Direito da Vara do Tribunal do Júri da comarca de Chapecó/SC à pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado contra mulher (art. 121, § 2º, II, IV e VI, do Código Penal). Ao proferir a sentença condenatória, o Juiz-Presidente, após apontar julgado desta Casa, determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do réu.

Na sequência, em razão da prisão decretada em sentença, o recorrido impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, *habeas corpus*, no qual denegada a ordem, a ensejar a interposição do concernente recurso ordinário, em cujo âmbito o Superior Tribunal de Justiça determinou a soltura do réu. Transcrevo o acórdão impugnado neste recurso extraordinário:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO QUALIFICADO E POSSE DE ARMA DE FOGO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO OU CONFIRMADA POR COLEGIADO DE SEGUNDO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO OBSTADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a negativa do direito de recorrer em liberdade somente fundada na premissa de que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser executada prontamente, sem qualquer elemento do caso concreto para justificar a custódia cautelar, não transitada em julgado ou não confirmada a

condenação por Colegiado de segundo grau, torna a prisão ilegal. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.”

3. Na presente sede recursal, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, ora recorrente, aponta violação do art. 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal (soberania dos veredictos), pois é *o povo quem dá a última palavra nos crimes dolosos contra a vida. Portanto, se os jurados consideram o réu culpado, já não se pode falar em presunção de inocência, de modo que não há motivos para se impedir a execução provisória da pena do Réu já condenado pelo Tribunal Popular, porquanto eventual interposição de recurso de apelação não possibilitará ao Tribunal a reapreciação dos fatos e das provas, na medida em que a responsabilidade penal do acusado foi assentada soberanamente pelo Júri.*

4. O Plenário desta Suprema Corte, em 24.10.2019, deliberou pela existência de matéria constitucional e pela repercussão geral do tema.

5. O então Vice-Procurador-Geral da República, José Bonifácio Borges de Andrada, opinou pelo conhecimento e provimento do presente recurso extraordinário.

6. O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator, em sessão virtual realizada entre 24.4.2020 e 30.4.2020, votou pelo provimento deste recurso extraordinário, para negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, de modo a restabelecer a prisão decretada pelo Juízo de primeira instância. Em seu voto, o relator propõe (i) seja dada interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, ao art. 492, I, *e*, § 4º e § 5º, II, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019, para *excluir a limitação de quinze anos de reclusão a que se refere os dispositivos acima mencionados e (ii) a seguinte tese de julgamento: A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada.*

7. O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, inaugurou a divergência, negando provimento a este recurso extraordinário, de modo a manter a vedação à execução imediata da pena do recorrido. Em seu voto, (i) declara a inconstitucionalidade do art. 492, I, *e*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019 e (ii) formula a seguinte tese de julgamento: *A Constituição Federal, levando em conta a presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito de recurso do condenado (art. 8.2.h), vedam a execução*

imediate das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 do CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.

8. O Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos e devolveu voto, acompanhando a divergência do Ministro Gilmar Mendes, para continuidade de julgamento na presente sessão virtual (28.10.2022 a 09.11.2022).

É o breve relato.

9. Acompanho a divergência aberta pelo Ministro Gilmar Mendes, rogando vênua ao eminente Relator, à compreensão de que a Constituição da República não impõe nem autoriza a imediata execução de sentença penal condenatória proferida pelo Tribunal do Júri.

10. **A presunção de inocência** trata-se, é certo, de princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Há registros de que, em uma formulação primária, no mesmo sentido do adágio *in dubio pro reo*, já era conhecido dos romanos.¹

Mesmo durante o período sombrio do processo inquisitivo na Europa continental, o princípio da presunção da inocência manteve alguma influência, pois a condenação criminal dependia de prova plena da responsabilidade criminal do acusado, *clara como a luz do dia (luce meridiana clariores)*, para utilizar a expressão então corrente. Certamente, as distorções do modelo inquisitivo, com a submissão do processado ao exame sob tortura, impedem qualquer conclusão no sentido da compatibilidade daquele sistema com a presunção de inocência.

Em sua vertente moderna, o princípio da presunção de inocência tem seu berço histórico na Inglaterra. A adoção desde cedo, já a partir do século XIII, naquele país do julgamento pelo Júri levou à discussão acerca da avaliação crítica das provas e dos *standards* probatórios apropriados para uma condenação criminal. Passando por diversos critérios, chegou-se ao já conhecido *standard* da *prova acima de qualquer dúvida razoável (beyond any reasonable doubt)*.

Já em julgamentos do final do século dezoito, tal *standard* probatório pode ser encontrado em julgamentos na Inglaterra e nas então colônias norte-americanas. Nos julgamentos do Massacre de Boston de 1770, a Acusação invocou a fórmula. Em 1777, o *standard* teria sido utilizado pela

1 Cfr.: LANGBEIN, John H. The origins of adversary criminal trial: Oxford studies in modern legal history. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 261-262.

Defesa em julgamento no Tribunal de Old Bailey, em Londres. Em julgamentos havidos entre 1783 a 1786 no mundo anglo-saxão, podem ser encontradas nas instruções dirigidas aos jurados diversas referências ao *standard*, assim como no julgamento de *Weedom* (1795), de *Glennan* (1796), no julgamento de 1798 de *Matthew Lyon* por sedição no Circuito do Distrito de Vermont e ainda no julgamento dos “*Insurgentes de Northampton*” perante a Corte do Circuito Federal, em 1799 a 1800, e assim cada vez mais frequentemente.

Entretanto, segundo Barbara J. Shapiro², o *standard da prova acima de qualquer dúvida razoável* não foi uniformemente aplicado no Direito anglo-saxão antes do século XIX.

O princípio da presunção da inocência, nessa versão moderna, tem um significado diverso do mero adágio *in dubio pro reo*, traduzindo, a formulação, a ideia de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, o que impõe, com acerto, um pesado ônus probatório à acusação (HC 78.708/SP, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, Primeira Turma, j. 09.3.1999, DJ 16.4.2000; HC 88.875/AM, Rel. Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, j. 07.12.2010, DJe 12.3.2012, *v.g.*).

Se a primeira consequência do princípio da presunção de inocência reside no fato de que o ônus probatório recai, fundamentalmente, sobre o Estado acusador, ela de modo algum é a única. O princípio impõe também a racionalidade na administração das medidas cautelares. É o que decorre da tradição que foi iniciada com a Constituição da Virgínia, de 1776, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esta última especificamente em seu artigo 9º:

“Dado que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.”

A presunção de inocência protege o processado, sob esse aspecto, de sofrer restrições desnecessárias a seus direitos antes de ser provada a sua responsabilidade criminal, ou seja, antes de ser julgado e sem ingressar aqui na questão da necessidade de este julgamento ser definitivo ou não (HC 89.501/GO, Rel. Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, j. 12.12.2006, DJ

2 SHAPIRO, Barbara J. *Beyond reasonable doubt and probable cause: Historical perspectives on de Anglo-American Law of Evidence*. Los Angeles: University of California Press, 1991.

16.3.2007; HC 151.788/PR, Rel. Min. *Dias Toffoli*, Segunda Turma, j. 14.8.2018, DJe 07.11.2018, *v.g.*).

11. *Data venia* dos esforços hermenêuticos empreendidos, nenhuma das laboriosas e sofisticadas exegeses consegue se livrar do problema hermenêutico de interpretar um texto de modo a lhe retirar a eficácia. Se a interpretação contemporânea expandiu o universo das possibilidades semânticas disponíveis ao intérprete, de modo algum ele está autorizado a negar que sua vontade não é absoluta, devendo render reverência ao texto como realidade objetiva. A interpretação não pode negar o texto nem afastá-lo atribuindo-lhe sentidos acaso tradutores do desejo do intérprete, por mais louváveis que sejam as crenças políticas, éticas ou ideológicas a animarem esse desejo, por melhores que sejam as intenções. Não há como evitar o significado dos símbolos gráficos marcados com tinta sobre o papel, ou dos padrões desenhados com pontos de luz na tela. Se a garantia é assegurada, não há como interpretá-la como se não existisse.

Entendo que a decisão judicial deve se apoiar na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, *deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia*³ – lição de Dworkin.

O significado da norma, seu conteúdo semântico, incorpora ao signo (o texto, a apresentação linguística), uma dimensão retórica, sua inscrição em uma rede de significados delimitada histórica, social e teoricamente.

Na medida em que participa da construção ontológica da norma, a interpretação assume, reconheço, verdadeiro caráter constitutivo, e não meramente desvelador do sentido da norma. O ato interpretativo, todavia, não é um ato exterior, posterior à norma, que se impõe sobre ela e cuja incidência produzirá um acréscimo semântico, um novo objeto: o produto da interpretação. Não se há falar em norma e norma interpretada como dois momentos fenomênicos distintos, porque é a dinâmica entre o intérprete e o signo que constitui a própria norma.

Interpretações não hão de se fundar no gosto ou na preferência do hermeneuta. Interpretações adequadas, pelo menos. Em certo sentido,

3 DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

uma interpretação adequada é uma descoberta. O texto normativo carrega em si uma intenção significativa que, se não tem o condão de imobilizar o intérprete, fixa as balizas para o seu movimento, jamais podendo ser desprezada por ele. Minha predileção por Cervantes não me autoriza a identificar como Dom Quixote um ator que, não obstante vestindo armadura, portando lança e acompanhado de um escudeiro, sobe ao palco para representar o Henrique V exurgido da pena do bardo elisabetano.

É por essa razão que a atividade hermenêutica exercida pelos magistrados **encontra limites** nos signos linguísticos constantes do texto normativo, ou seja, a interpretação conferida aos diplomas legislativos deve guardar **relação de conexidade** com o significado das palavras insertas no dispositivo objeto de aplicação, de modo a que se mantenha, o quadrante interpretativo, dentro da *moldura do texto*.

Não se está, sob qualquer aspecto, a afirmar que a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário é meramente mecânica, fruto de interpretação literal e lógica, **pelo contrário**. Reconheço, na linha de antiga lição de Vicent M. Barret Jr.⁴, que as palavras, *como símbolos, são imperfeitas, mudam e são, totalmente, incapazes de figurarem como portadoras de significado fixo e definitivo*, motivo pelo qual, **para adquirirem verdadeiro significado, não prescindem** de uma análise histórica, social, sistemática, finalística e global em conformidade com os postulados da hermenêutica jurídica.

Há que respeitar o texto da Constituição, a partir do consenso pragmático formado pela comunidade dos falantes e leitores da língua portuguesa, que dá significado às suas palavras, e observada a tecnicidade dos conceitos jurídicos. As palavras da Constituição não são poesia, não são, como diria Dante, *versi strani*⁵, acessíveis somente ao iniciado detentor de esotéricas ferramentas teóricas. Como bem aponta Umberto Eco, o intérprete não pode se impor como um *Übermensch que realmente entende a verdade (...) que o autor não sabia*⁶.

4 BARRET JR., Vicent M. Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint. **Mich. L. Rev.**, v. 39, 1940, p. 213-237.

5 [Ó vós que tendes inteligência sadia,
*atentai à doutrina que se esconde
sob o véu dos versos estranhos.*]
(Dante, Inferno, IX, 61-63).

6 ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes,

12. O cerne da controvérsia hermenêutica está na garantia fundamental assegurada no art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988, *in verbis*:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Tal garantia, nos moldes em que dimensionada pelo Constituinte, não encontra paralelismo em nenhum dos textos constitucionais regentes do Estado brasileiro anteriormente, seja no Império, seja na República.

Poderia, o Constituinte de 1988, ter-se limitado a reproduzir a fórmula segundo a qual ninguém será preso, ou conservado em prisão, sem *culpa formada*, com as ressalvas expostas, contida na Constituição Imperial, de 1824 (art. 179, VIII)⁷, e reproduzida na Constituição republicana de 1891 (art. 72, § 14)⁸ e na Constituição do Estado Novo, de 1937 (art. 122, § 11)⁹.

Optou, todavia, o Constituinte de 1988 não só por consagrar expressamente a presunção de inocência, como a fazê-lo com a fixação de marco temporal expreso, ao definir, com todas as letras - quer se goste, ou não -, como termo final da garantia da presunção de inocência o trânsito em julgado da decisão condenatória. Repito, *in verbis*: *ninguém* 2018.

7 “Art. 179. (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.”

8 “Art. 72 (...) § 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.”

9 “Art 122 (...) § 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;”

será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Os espaços de discricionariedade judicial, quando admitidos – o que em matéria penal e processual penal assume ares particularmente controvertidos –, supõem, portanto, no Estado de direito, a insuficiência ou insatisfação semântica da norma, ou seja, a *presença na lei de expressões indeterminadas ou de antinomias semânticas*¹⁰, o que de modo algum é o caso, com a devida vênia, do art. 5º, LVII, da Constituição da República.

O art. 5º, LVII, da CF enfeixa um princípio, sim – o da presunção de inocência, como tantas vezes tem sido repetido, mas também enfeixa uma regra propriamente, uma regra específica, o que não se pode ignorar. Trata-se de amarra insuscetível de ser desconsiderada pelo intérprete. Diante da regra expressa veiculada pelo constituinte – a fixar, objetivamente, o trânsito julgado como termo final da presunção de inocência, o momento em que passa a ser possível impor ao acusado os efeitos da atribuição da culpa –, não me é dado, como intérprete, ler o preceito constitucional pela metade, como se contivesse apenas o princípio genérico, ignorando a regra que nele se contém.

Ao postular a imperatividade das normas constitucionais definidoras de direitos, Rui Barbosa já exprimia a compreensão de que *não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos*¹¹.

Não se diga que o art. 5º, XLI, da CF, ao autorizar a prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, viabilize leitura segundo a qual a presunção de inocência, tal como dimensionada no art. 5º, LVII, da CF, não inibe a execução antecipada da pena.

De fato, qualquer que seja sua justificativa, *o encarceramento*, nas palavras da acadêmica, ativista feminista e autora de livros sobre o sistema prisional Angela Davis, *é a própria negação da liberdade*.

Não obstante semelhantes nos seus efeitos, são inconfundíveis os conceitos de prisão cautelar e de prisão pena, e é preciso distingui-las.

10 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 4ª edição revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

11 BARBOSA, Rui. Comentários à Constituição Federal Brasileira. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-9.

A pena criminal é sanção imposta pelo Estado, legitimada pela sentença condenatória em retribuição à conduta tipificada como criminosa. É significativo que Pufendorf tenha incluído o predicado de ser *post cognitionem delicti* (posterior à cognição da infração) na própria definição de pena. O fundamento jurídico legitimador da pena não é outro senão a culpa: *nulla poena sine culpa*.

Medidas cautelares com efeitos penais, diversamente, embora produzam efeitos restritivos sobre a esfera de liberdade do acusado, não têm finalidade retributiva – não configuram modalidade de pena – e, por definição, precedem a culpa. Prisões dessa natureza têm caráter transitório e *procuram resguardar determinados interesses humanos e sociais, relativos à instrução do processo criminal, à garantia da ordem pública, da ordem econômica ou para assegurar a efetiva aplicação da lei penal*¹².

As prisões provisórias – temporária e preventiva – enquanto medidas de cautela, se justificam, presentes as condições objetivas que as ensejam, pelo seu caráter eminentemente instrumental. Ainda que enfeixem consequências na esfera da liberdade individual do acusado, sua finalidade é sempre outra que não a punição do culpado (até mesmo porque culpado ainda não há). Ao contrário da pena, a prisão cautelar necessariamente precede à declaração jurídica da culpa. Não se confundem, todos o sabem, com a pena. Assim, *v.g.*, autoriza o art. 312 do CPP a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria. Ademais, ainda que o texto constitucional estabeleça limites para a prisão, não veda nem limita a imposição de outras medidas cautelares.

Não se tratando de prisão de natureza cautelar, todavia o fundamento da prisão – a prisão pena – será a formação do que chamamos de culpa. E, segundo a norma expressa da Constituição, essa convicção somente pode irradiar efeitos normativos a partir do momento definido como o trânsito em julgado da condenação criminal.

Essa a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que talvez gostaria o intérprete que dissesse. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu

12 DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

autor.

13. Para distinguir a presente hipótese do quanto decidido no âmbito das ADC's 43/DF, 44/DF e 54/DF, defende-se que o art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal, ao reconhecer a soberania dos veredictos, possibilita a execução desde a condenação em primeira instância. Ainda que, em processos em trâmite na 1ª Turma, tenha votado em sentido diverso, atenta em especial ao princípio da colegialidade, conluo, com a mais respeitosa vênua, que da soberania dos veredictos não resulta autorização, tampouco imposição de execução provisória da pena após condenação em primeira instância. Tal como acentua Gustavo Henrique Badaró, *a soberania dos veredictos deve ser entendida como a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir os jurados na decisão da causa*. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

Disso resulta que, ao apreciar eventual recurso, decisão proferida pelo Tribunal não se sobrepõe ao juízo formulado pelos jurados quanto aos fatos, ou seja, *a decisão dos jurados não é substituída pelo Tribunal de Justiça, que se limita a cassá-la, determinando que novo julgamento seja proferido. A soberania significa que o tribunal popular dará a última palavra quanto ao mérito dos crimes de competência do júri* (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020).

É por essa razão que a jurisprudência firme e consolidada desta Suprema Corte admite, forte no art. 593, III, do Código de Processo Penal, a interposição de apelação pelo réu, sem que isso signifique violação da soberania dos veredictos (HC 68.219/MG, Rel. Octávio Gallotti, Primeira Turma, j. 09.10.1990, DJ 19.10.1990; RE 115.202/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 30.4.1991, DJ 21.6.1991, v.g.):

“HABEAS CORPUS” - JÚRI - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA - RECURSO DE APELAÇÃO (CPP, ART. 593, III, "D") - DECISÃO DO JÚRI CONSIDERADA MANIFESTAMENTE INCOMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS - PROVIMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL - SUJEIÇÃO DO RÉU A NOVO JULGAMENTO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE OFENSA À SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI - RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DO ART. 593, III, "D", DO CPP - ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO

PENAL - PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E DE EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS IDÔNEOS DA AUTORIA DO FATO DELITUOSO - EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" - EXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO - ALEGAÇÃO DE IMPRESTABILIDADE DO LAUDO PERICIAL - INOCORRÊNCIA - EXAME TÉCNICO ELABORADO POR PROFISSIONAIS MÉDICOS - RECONHECIMENTO DE OCORRÊNCIA DE VESTÍGIOS MATERIAIS PECULIARES À PRÁTICA DO CRIME DE ABORTO - PEDIDO INDEFERIDO.

A SOBERANIA DO JÚRI E O RECURSO DE APELAÇÃO FUNDADO NO ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

- A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos.

A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal Popular.

- A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalidar, em sede recursal (CPP, art. 593, III, "d"), a decisão emanada do Conselho de Sentença, quando esta se achar em evidente conflito com a prova dos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri. É que, em tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do Júri. Precedentes. Doutrina.

- Inexiste, entre o art. 593, III, "d", do CPP e o texto da Constituição promulgada em 1988 (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), qualquer relação de incompatibilidade vertical. Conseqüente recepção, pelo vigente ordenamento constitucional, da norma

processual em referência.

A VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" É INCOMPATÍVEL COM O EXAME APROFUNDADO DA PROVA PENAL.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acentuado que o exame aprofundado das provas não encontra sede juridicamente adequada no processo de "habeas corpus".

A postulação que objetive ingressar na análise, discussão e valoração da prova será plenamente admissível na via recursal ordinária, de espectro mais amplo, ou, ainda, na via revisional. A condenação penal definitiva imposta pelo Júri é passível, também ela, de desconstituição mediante revisão criminal, não lhe sendo oponível a cláusula constitucional da soberania do veredicto do Conselho de Sentença. Precedentes.

O caráter sumaríssimo de que se reveste a via processual do "habeas corpus" não permite que, no âmbito estreito do "writ" constitucional, discutam-se questões de natureza essencialmente probatória, tais como aquelas pertinentes à materialidade do delito ou à configuração de sua autoria. Precedentes.

EXAME DE CORPO DE DELITO - CRIME DE ABORTO - PRESSUPOSTO ESSENCIAL: A EXISTÊNCIA DO ESTADO DE GRAVIDEZ - CONSTATAÇÃO PERICIAL, NO CASO, FUNDADA EM LAUDO SUBSCRITO POR DOIS PROFISSIONAIS MÉDICOS - NULIDADE PROCESSUAL INOCORRENTE - A QUESTÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO NO CRIME DE ABORTO - PRECEDENTES."

(HC 70.193/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 21.9.1993, DJ 06.11.2006)

Com efeito, o conteúdo da garantia da soberania dos veredictos consubstancia a impossibilidade de o Tribunais substituírem o juízo quanto aos fatos formulado pelos jurados, de modo que a palavra final quanto às questões probatórias compete exclusivamente ao povo integrante do corpo de jurados.

Não extraio, contudo, da soberania dos veredictos a imposição constitucional de execução provisória da pena desde a condenação proferida pela primeira instância. Na realidade, como já dito, o art. 5º, LVII, da Constituição da República encerra proibição peremptória de execução provisória de qualquer pena e tal fato, na minha compreensão,

não se altera pela soberania dos veredictos.

Não por outra razão, a Segunda Turma desta Corte, ao apreciar pedido de *habeas corpus*, concedeu, por unanimidade, ordem de ofício, para obstar a execução provisória de sentença condenatória proferida pelo Tribunal do Júri:

“HABEAS CORPUS” – CONDENAÇÃO RECORRÍVEL EMANADA DO JÚRI – DETERMINAÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI ORDENANDO A IMEDIATA SUJEIÇÃO DO RÉU SENTENCIADO À EXECUÇÃO ANTECIPADA (OU PROVISÓRIA) DA CONDENAÇÃO CRIMINAL – INVOCAÇÃO, PARA TANTO, DA SOBERANIA DO VEREDICTO DO JÚRI – INADMISSIBILIDADE – A INCONSTITUCIONALIDADE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE CONDENAÇÕES PENAS NÃO TRANSITADAS EM JULGADO – INTERPRETAÇÃO DO art. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO E EFETIVO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA EXECUÇÃO DA PENA – INADMISSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO FICTA DO TRÂNSITO EM JULGADO, QUE CONSTITUI NOÇÃO INEQUÍVOCA EM MATÉRIA PROCESSUAL – CONSEQUENTE INAPLICABILIDADE ÀS DECISÕES DO CONSELHO DE SENTENÇA – A QUESTÃO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI – SIGNIFICADO DA CLÁUSULA INSCRITA NO art. 5º, INCISO XXXVIII, “c”, DA CONSTITUIÇÃO. CARÁTER NÃO ABSOLUTO DA SOBERANIA DO JÚRI – DOCTRINA – PRECEDENTES – EXISTÊNCIA, AINDA, NO PRESENTE CASO, DE OFENSA AO POSTULADO QUE VEDA A “REFORMATIO IN PEJUS” – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA REGRA CONSUBSTANCIADA NO art. 617, “IN FINE”, DO CPP – EXAME DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA PRISÃO MERAMENTE CAUTELAR DO SENTENCIADO MOTIVADA POR CONDENAÇÃO RECORRÍVEL, NOTADAMENTE QUANDO O RÉU TENHA PERMANECIDO EM LIBERDADE AO LONGO DO PROCESSO PENAL DE CONHECIMENTO – PRISÃO CAUTELAR DECRETADA NA HIPÓTESE DE CONDENAÇÃO PENAL RECORRÍVEL: INSTITUTO DE

TUTELA CAUTELAR PENAL INCONFUNDÍVEL COM A ESDRÚXULA CONCEPÇÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA OU ANTECIPADA DA PENA – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO.”

(HC 174.759/CE, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 10.10.2020, DJe 22.10.2020)

Nessa linha, **nego provimento ao recurso extraordinário** interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Gilmar Mendes e subscrevendo a tese apresentada por Sua Excelência.

É o voto.