

## VOTO-VOGAL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Senhora Presidente, eminentes pares, acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Min. Roberto Barroso e o cumprimento pelo voto, enaltecendo a tese trazida por Sua Excelência e pelos votos que o acompanharam. Também cumprimento, registrando os merecidos encômios, a divergência apresentada pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Ricardo Lewandowski. No mérito, peço vênias a ambas as correntes para adotar solução diversa.

Estamos, na órbita das competências desta Suprema Corte, no exercício hermenêutico para que possamos situar o microsistema de justiça criminal do tribunal do júri, com uma de suas consecutórias medidas, a execução imediata de prisão para cumprimento de pena decorrente de condenação pelo conselho sentença, no âmbito de proteção do direito à presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Partindo da compreensão de que, em regra, não há direitos fundamentais de caráter absoluto, a tarefa, então, consiste em dimensionar a margem de liberdade da atuação legislativa para a conformação das exigências constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, na ótica da persecução penal no que se refere aos elementos necessários para qualificar alguém como responsável pela prática de determinada conduta criminosa.

Entre os limites impostos pelo mencionado princípio, há a premissa de que ninguém será considerado culpado senão com o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, pressuposto para que o Estado exerça a pretensão executória das reprimendas penais. A garantia, evidentemente, comporta restrições, como são as hipóteses de prisões cautelares, buscas pessoais e domiciliares, apreensões e afastamentos de sigilos, medidas que não o tornam imprestável, ao mesmo que constituem meios processuais que levam à proteção de outros bens jurídicos.

É na busca dessa equação que é necessário certificar se é possível atribuir sentido que mantenha a higidez da função protetiva fundamental do princípio da presunção de inocência diante de escolha do legislador de medida que pretenda dar concretude às outras exigências igualmente necessárias para o amparo da dignidade da pessoa, na hipótese, a imediata prisão após condenação pelo tribunal do júri.

Ainda que o tribunal do júri não ostente mais a função de garantir julgamentos isentos de arbitrariedades forjadas por julgadores togados, a instituição segue como regra de competência estabelecida pela Constituição, a qual permite a abertura do sistema de justiça para a participação da sociedade com a atuação daqueles que denominamos de *juiz naturais do fato*, fenômeno que concretiza parte da necessária democratização do sistema de justiça, a estrutura responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tipos cuja tarefa é a proteção da exigência mais sensível da dignidade: a vida, a integridade física e mental e a segurança das pessoas.

Como princípio central para atuação do tribunal do júri, a soberania dos veredictos, pelo qual não cabe aos tribunais de apelação substituir as conclusões dos jurados. As hipóteses recursais são limitadas conforme dispõe o art. 593, III, do Código de Processo Penal. Nas palavras de José Frederico Marques, o princípio traduz, *mutatis mutandis* (o autor faz referência à soberania do júri), *a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados ser substituída por outra sentença sem essa base. Os veredictos são soberanos porque só os veredictos é que dizem se é procedentes ou não a pretensão punitiva* (Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997. V. 3. p. 238). Portanto, não se trata exatamente da imutabilidade da decisão dos jurados, mas que sem ela não há reconhecimento de crime ou absolvição.

Na reforma introduzida pela Lei 11.689/2008 na sistemática do tribunal do júri, a soberania dos veredictos exigiu nova hermenêutica com a reformulação da quesitação para constar quesito genérico acerca da absolvição, formalidade que permite aos jurados acolher elementos extrajurídicos, como a clemência, como fundamento para absolver o réu. Evidente que tal abertura não viabiliza arbitrariedades.

Nesta direção, este Supremo Tribunal tem discutido se há intangibilidade do veredicto dos jurados na ocorrência de absolvição consequente de resposta ao quesito genérico, para o fim de determinar novo julgamento, ao argumento de decisão teria sido contrário às provas dos autos, em caso de absolvição por clemência, por exemplo. Trata-se da matéria do ARE 1225185, de relatoria do Min. GILMAR MENDES, ainda em fase de julgamento, ocasião que proferi voto reconhecendo a soberania dos veredictos desde que impregnada de racionalidade que não admita a arbitrariedade, razão pela qual sugeri a seguinte tese: *é compatível com a garantia da soberania dos vereditos do Tribunal do Júri a decisão do*

*Tribunal de Justiça que anula a absolvição fundada em quesito genérico, desde que inexistam provas que corroborem a tese da defesa ou desde que seja concedida clemência a casos que, por ordem constitucional, são insuscetíveis de graça ou anistia.”*

No julgamento da ADPF 779, relatoria do Min. Dias Toffoli, da mesma forma, a soberania da decisão do Conselho de Sentença é conformada com a proteção do direito à vida e à igualdade de gênero, especificamente. Assim, conferindo interpretação conforme ao art. 483, III, §2º, do Código de Processo Penal, votei para excluir da interpretação do quesito genérico a que implique a reprimenda da odiosa figura da legítima defesa da honra, de modo que a decisão do Tribunal de Justiça que anula tal decisão é compatível com a garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.

Nos Recursos Ordinários em Habeas Corpus nº 192.431 e 192.432 ambos de relatoria do Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgados em 23/02/2021, Dje 11/5/2021, são representativos da aplicação dos mencionados vetores limitativos da soberania dos veredictos.

Também decidiu o legislador promover ressignificação do princípio da soberania da decisão do Conselho de Sentença com a edição da Lei 13.964/2019 (a primeira após a grande reforma de 2008), passando-se a impor a execução imediata da pena decorrente de condenação exarada pelo tribunal do júri ( *Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: [...] e [...] 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*).

Talvez possa ser considerada arbitrária a escolha do referido parâmetro numérico para fixar a medida. Todavia, a reprovação da decisão legislativa exige demasiado esforço para afastar a constitucionalidade da legislação. Por ora, presumo que o legislador tenha considerado que condenação que receba reprimenda a partir daquele quantitativo, decorra de conduta criminosa qualificada por gravidade acentuada, em tese, fundamento para a escolha do critério, o qual não o vejo como desarrazoado.

À esta quadra poderiam objetar, como o fazem Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa ( *Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional* , Revista Consultor Jurídico, edição de 31/1/2020), que a medida viola a presunção de inocência, princípio o qual fez essa Suprema Corte reconhecer a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo

Penal (ADCs 43, 44 e 54, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgamento em 7/11/2019, DJe 12/11/2020), ocasião em que registrei ser o disposto no art. 5º, inciso LVII, da CRFB, equivalente ao direito assegurado no parágrafo 2 do artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos: *toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*.

Universalmente conhecido como princípio da presunção de inocência, o texto do art. 5º, LVII, da CRFB, é, contudo, redigido de forma bastante distinta: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em termos literais, não é possível interpretar esse dispositivo como se significasse que ninguém será preso até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Por isso, para interpretar o dispositivo é preciso socorrer-se de outros elementos para identificar seu conteúdo.

Dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, é possível depreender que o texto inicial consagrava a fórmula clássica da presunção de inocência, mas ele acabou alterado, sob a justificativa de que tecnicamente não seria adequado tratar alguém que já tinha sido condenado como sendo inocente; daí a solução de substituir-se inocência por não culpabilidade.

Os debates deixam nítida, portanto, a natureza procedimental da garantia: trata-se, na verdade, de uma regra de tratamento processual, cujos desdobramentos são visíveis em uma série de normas do processo, como a do *in dubio pro reo*, e o direito de falar por último.

Além desses, muito se debateu no âmbito da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sobre a extensão dessa norma ao efeito suspensivo dos recursos criminais.

Inicialmente, a jurisprudência entendia que a atribuição de efeito suspensivo era tema próprio da legislação. Por isso, como não havia, em regra, efeito suspensivo para os recursos especial e extraordinário, seria cabível a execução da pena após o julgamento da apelação, o que se convencionou chamar de execução provisória após a condenação em segundo grau:

O direito de recorrer em liberdade refere-se apenas à apelação criminal. Não abrange os recursos de natureza extraordinária (RE e

RESP), que não têm efeito suspensivo. Não há impedimento à prisão do condenado. Precedentes. Habeas indeferido. (HC 75437, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 17/02/1998, DJ 14-03-2003 PP-00039 EMENT VOL-02102-01 PP-00100).

A jurisprudência, no entanto, foi alterada e passou a reconhecer que o alcance do art. 5º, LVII, da CRFB, era o de garantir uma espécie de efeito suspensivo geral, porque a prisão só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença. Na esteira desse entendimento, o Código de Processo Penal foi alterado para prever, no art. 283, 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.

Em ações do controle objetivo, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer a constitucionalidade do art. 283. Tal como se lê da ementa do acórdão que julgou o mérito das ações, surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória (ADC 43, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.11.2020).

Essa mudança da jurisprudência, com o devido respeito à posição majoritária, desafia uma interpretação sistemática da constituição. Isso porque presumir o efeito suspensivo automático para os recursos especial e extraordinário altera a presunção básica em uma república, qual seja, a de que todo e qualquer cidadão e todo e qualquer funcionário público, inclusive os juízes, devem obedecer à lei. Não é possível presumir um efeito suspensivo automático ao recurso especial, porque nele só se debate a interpretação da lei e não é sustentável imaginar que juízes e tribunais julguem de forma ilegal. Do mesmo modo, não é possível atribuir efeito suspensivo automático a recurso extraordinário, porque não se deve presumir que juízes, tribunais e o próprio Superior Tribunal de Justiça tenham agido de forma inconstitucional.

Não por outra razão, o saudoso Min. Teori Zavascki, quando teve a oportunidade de criticar essa tese no julgamento do HC 126.292, bem observou a excepcionalidade no mundo democrático de uma presunção de

inocência que exija a prévia manifestação da mais alta corte de um país para realizar toda e qualquer prisão. Não era, como não é, excepcionalidade; era e continua a ser uma disfuncionalidade.

Renovando o pedido de vênia à compreensão que se tornou majoritária, penso que não é possível interpretar o direito à presunção de inocência como uma garantia universal de efeito suspensivo das decisões em matéria criminal. Se é certo que a lei não pode estabelecer a previsão em relação aos recursos especial e extraordinário, não há óbice para que o faça em relação a recursos cujo cabimento envolva a rediscussão de matéria probatória.

Ademais, naquele julgamento tratamos da constitucionalidade de dispositivo infraconstitucional, em tese, editado na linha do exige a prisão de inocência.

Lado outro, a nova redação do art. 492, inciso I, alínea e, do Código de Processo Penal, confere densidade normativa à previsão constitucional do tribunal do júri, texto de mesma envergadura do princípio da presunção de inocência, portanto, com condições para estabelecer algum nível de restrição a este.

A função atribuída ao tribunal de júri – constituir regra de competência e participação popular no sistema de justiça – com os contornos especiais da forma de cognição e fundamentação abrangente de suas decisões, com a garantia de que nenhum outro órgão pode estabelecer o veredicto sobre a responsabilidade penal do acusado, prerrogativas específicas que o singulariza no interior da justiça criminal, também o qualificam como instituição a serviço de especial tipo de proteção de bens jurídicos – vida, integridade e segurança -, para os quais entendeu o legislador da Lei 13.964 /2021, caber mais um atributo decorrente da atuação do tribunal júri, a execução imediata das condenações cuja gravidade da conduta seja marcante.

Diante dessa sistemática jurisdicional apartada pela Constituição, a sua integração via infraconstitucional nos termos gravados no art. 492, inciso I, alínea “e”, não representa, a meu ver, desnaturação do princípio da presunção da inocência que o torne imprestável.

Em síntese, porque tanto o júri como a presunção de inocência são direitos fundamentais equivalentes e porque a atribuição de efeitos suspensivos aos recursos criminais ou à decisão do Tribunal do Júri apenas limitadamente atinge o núcleo desses direitos, há espaço de conformação para que o legislador delibere sobre a sua instituição. Dentro desse espaço,

deve o Poder Judiciário, e este Tribunal de modo particular, guardar deferência em relação às opções legitimamente feitas pelo Poder Legislativo.

Forte nessas razões, divirjo respeitosamente do eminente Relator Luís Roberto Barroso e por razões simétricas também registro dissonância com a divergência já lançada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, para o fim de reconhecer como ainda constitucional a execução imediata prevista em lei infraconstitucional das penas fixadas acima de quinze anos, em decorrência de condenação pelo tribunal do júri e no caso concreto, com fundamento diverso do eminente Relator, dou provimento ao recurso para determinar a prisão do recorrido, uma vez que na hipótese a pena em concreto foi quantificada em e 26 (vinte e seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Plenário Virtual - minuta de voto