

# A LEI 13.964/19 E A PRISÃO PROCESSUAL *EX LEGE* NO TRIBUNAL DO JÚRI

LAW 13,964/19 AND THE *EX LEGE* PROCEDURAL PRISON IN THE JURY TRIAL

## Fernando Martinho de Barros Penteado

Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1830762220815573>

ORCID: 0000-0002-0455-6108

[fernandombpenteado@gmail.com](mailto:fernandombpenteado@gmail.com)

**RESUMO:** O presente artigo aborda a prisão *ex lege* nos julgamentos do Tribunal do Júri instituída pela Lei 13.964/19. A partir de bases teóricas e dogmáticas que legitimam o uso da prisão processual como medida cautelar, o estudo visa aferir a compatibilidade convencional e constitucional do novo artigo 492 do Código de Processo Penal, especialmente em face do princípio da presunção de inocência e sua repercussão no rito dos crimes dolosos contra a vida.

**Palavras-chave:** Lei 13.964/19, Tribunal do Júri, Prisão Processual, Presunção de Inocência.

**ABSTRACT:** This article discusses the Law 13,964/19 and its *ex lege* prison in the Jury Trial. From a theoretical and dogmatic basis that legitimizes the use of the procedural prison as a precautionary measure, the study aims to answer about the conventional and constitutional compatibility of the new article 492 of the Criminal Procedure Code, in particular with the presumption of innocence and its repercussion in the Jury procedure.

**Keywords:** Law 13,964/19. Jury, Procedural Prison, Presumption of Innocence.

### Introdução

Dentre as inúmeras alterações promovidas na legislação penal e processual penal, a Lei 13.964/19 instituiu modalidade de prisão processual obrigatória por força de lei (*ex lege*), exclusiva para o rito do júri. Em suma, a necessidade cautelar da prisão é presumida pelo legislador pelo fato objetivo de existir condenação em plenário a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão.

A presente reflexão visa aferir a compatibilidade constitucional e convencional da nova redação do art. 492, I, "e", do CPP, em especial frente ao princípio da presunção de inocência. O objetivo é analisar, resumidamente, as bases conceituais que legitimam a prisão processual como medida cautelar e então confrontar tais noções com a inovação legal.

O estudo é estruturado em duas partes. Na primeira será feita a diferenciação com a questão pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal do RE 1.235.340. Na segunda, o conteúdo jurídico do art. 492 será verificado à luz da garantia da presunção de inocência.

### 1. Da distinção com o objeto do RE 1.235.340

A partir de uma análise retrospectiva, o art. 492, I, "e", do CPP pode ser compreendido como fruto do debate sobre a execução antecipada da pena iniciado na Suprema Corte, em 2016, com o HC 126.292/SP. Repercutindo esse entendimento para o Tribunal do Júri, a Primeira Turma do STF fixou a tese de que "A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade" (STF, 2017a).

Muito embora posteriormente a execução antecipada da pena tenha sido reconsiderada no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, a questão não foi resolvida no âmbito do Tribunal do Júri sob o argumento de um suposto diferencial: a soberania dos veredictos.

Nesse sentido, a discussão sobre a constitucionalidade da execução antecipada da pena no Tribunal do Júri foi retomada no STF no RE 1.235.340, com repercussão geral reconhecida (tema 1068), mas ainda não julgado definitivamente.<sup>1</sup>

As hipóteses do RE 1.235.340 e da nova redação do artigo 492 se aproximam por envolverem o tensionamento da presunção de inocência. Contudo, os fundamentos são distintos.

No RE 1.235.340 se discute a execução imediata da pena como suposta consequência da soberania dos veredictos, enquanto a Lei 13.964/19 instituiu hipótese de prisão automática com fim pretensamente cautelar a partir da presunção legal de perigo processual decorrente do fato de ter sido aplicada pena igual ou superior a 15 anos de reclusão.

Imposta pena inferior a 15 anos no julgamento de um crime doloso contra a vida, muito embora essa decisão também goze de soberania, a prisão imediata não terá cabimento. Não se trata, portanto, de questão afeta à soberania dos veredictos, pois do contrário toda decisão emitida pelos jurados seria passível de imediata execução, independentemente do *quantum* da pena.

Basta notar que, mesmo se rejeitada a tese de que a soberania dos veredictos permite a execução antecipada da pena, ainda assim permanecerá a previsão legal de prisão processual automática para condenações iguais ou superiores a 15 anos. Assim, a distinção é relevante para a adequada compreensão e controle do conteúdo do art. 492.

### 2. Presunção de inocência e prisão processual obrigatória

Segundo Binder (2003, p. 85-88), a jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e a presunção de inocência são garantias básicas do processo penal e estão intrinsecamente relacionadas, pois ninguém pode ser considerado ou tratado como culpado enquanto uma

sentença não o declare como tal, pois o que se pretende é justamente que a pena não seja imposta antes do julgamento prévio.

A presunção de inocência exerce inevitável influência sobre a regulamentação da prisão processual em um ordenamento jurídico, pois impõe ao legislador ordinário que sejam observados os limites do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o tema (RODRÍGUEZ, 2009, p. 148).

Prevista no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988, a garantia da presunção de inocência, em sua vertente de regra de tratamento, impede que o acusado seja tratado como se fosse culpado ao longo do processo. Por força do estado jurídico de inocência, a prisão antes de determinada a culpa através do devido processo legal deve ser sempre considerada como exceção, evitando-se que atue como castigo.

Apesar de resultar na mesma consequência sobre o estado de liberdade do indivíduo, ou seja, o cerceamento, a prisão processual se distingue da prisão pena justamente por visar a fins diversos, remetendo à noção de cautelaridade (GUERRA PÉREZ, 2011, p. 46). Por essa razão, na definição sobre a natureza cautelar da prisão deve ser questionado o seu escopo e não o efeito dela decorrente.

A prisão processual, como espécie de medida cautelar, deve proteger e evitar riscos ao desenvolvimento regular do processo ou, em outras palavras, conservar a utilidade e eficácia do provimento futuro a ser proferido na ação penal condenatória (BADARÓ, 2018, p. 1038).

Portanto, o caráter excepcional decorrente da obrigatória vinculação a finalidades estritamente processuais é o que confere legitimidade ao emprego da prisão durante o processo. Inexistindo tais fins, a prisão ensejará indevida execução antecipada da pena.

Na verdade, a excepcionalidade é característica de qualquer medida cautelar, pois em maior ou menor grau afetam direitos fundamentais. Contudo, a medida mais gravosa e, portanto, a mais excepcional é a prisão processual, o que resulta em uma dupla excepcionalidade, ou seja, tanto como cautelar em si, como perante às demais medidas cautelares.

Por outro lado, além da previsão de fins genuinamente processuais, exige-se a comprovação de circunstâncias objetivas e concretas que permitam concluir pela existência do perigo processual gerador da necessidade da medida cautelar.

Nesse sentido, o risco processual, além de grave, sério e provável (CAFFERATA NORES, 2011, p. 219), não pode ser presumido e deve ser passível de demonstração concreta.<sup>2</sup>

Adverte **Bovino** (1998, p. 147-148) que a determinação de uma situação fática potencialmente geradora da necessidade da prisão não pode ser imposta pelo legislador mediante o estabelecimento de presunções gerais de perigo processual, que não admitam prova em contrário. Disposições legais desta natureza, criadoras de vedações apriorísticas e abstratas da liberdade provisória (*delitos no excarcelables*), usurpam a função jurisdicional de verificação das circunstâncias concretas do caso aptas a gerar ou não a situação de perigo processual justificadora da prisão cautelar.

Na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao interpretar combinadamente os arts. 7.5 e 8.2 da CADH, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiteradamente assentado premissas relevantes sobre a prisão processual:

i) em decorrência da presunção de inocência, a prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva;<sup>3</sup>

ii) por se tratar da medida cautelar mais severa, a prisão processual necessariamente deve ter caráter excepcional<sup>4</sup> e a legislação não pode estabelecer a custódia cautelar como regra;<sup>5</sup>

iii) além de observar a legalidade (previsão legal das causas de privação de liberdade e sujeição aos procedimentos previstos), é necessário que a lei e sua aplicação não sejam arbitrárias, ou seja, a prisão processual deve respeitar fins processuais (evitar obstrução processual e risco de fuga) e observar o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito);<sup>6</sup>

iv) a decretação de medidas cautelares demanda fundamentação clara e suficiente, além de estar sujeita a revisão periódica;<sup>7</sup>

v) o perigo processual nunca deve ser presumido, cabendo a verificação em cada caso concreto a partir de circunstâncias objetivas e específicas;<sup>8</sup>

vi) a legislação não pode vedar em abstrato a liberdade provisória<sup>9</sup> ou determinar a prisão automática exclusivamente pelo tipo de crime que se imputa ao acusado, olvidando a necessária ponderação de elementos concretos.<sup>10</sup>

*INCOMPREENSÍVEL A  
ÓTICA DO LEGISLADOR  
AO ESTABELEECER  
ARBITRARIAMENTE E  
SEM CRITÉRIO RACIONAL  
UMA PRESUNÇÃO DE  
RISCO PROCESSUAL OU  
DE PERICULOSIDADE DO  
AGENTE APENAS PELO  
MONTANTE DA PENA DE  
UMA CONDENAÇÃO.*

Realizado o cotejo constitucional e convencional da presunção de inocência e sua relação com a prisão processual, retoma-se a análise da nova redação do art. 492.

Ao determinar o encarceramento automático e sem motivo cautelar específico, inverte-se a noção de excepcionalidade da prisão processual e impede-se a atividade cognitivo-judicial sobre a presença das circunstâncias concretas que justificariam a medida cautelar mais gravosa, violando a presunção de inocência.

O critério eleito pelo legislador para a prisão – *quantum* da pena aplicada na sentença condenatória – parte de uma equivocada presunção de perigo processual, que não

se relaciona a um fim cautelar, caracterizando hipótese de “execução provisória das penas”, o que inclusive é admitido textualmente no art. 492, § 3º.

Incompreensível a ótica do legislador ao estabelecer arbitrariamente e sem critério racional uma presunção de risco processual ou de periculosidade do agente apenas pelo montante da pena de uma condenação.

Sob esse viés, é de se indagar qual a diferença entre uma pena de 15 anos ou de 14 anos e 11 meses ou, ainda, a razão do tratamento desigual comparativamente ao acusado de crimes comuns, pois fora do rito do júri não ficará sujeito à prisão automática apenas pelo fato de receber pena igual ou superior a 15 anos.<sup>11</sup>

O novo dispositivo evidencia verdadeiro retrocesso, revivendo em certa medida a *ratio* da redação original do art. 312 do CPP, que estabelecia a decretação obrigatória da prisão preventiva em caso de crime cuja pena máxima fosse igual ou superior a 10 anos independentemente da situação concreta.<sup>12</sup>

Além disso, ignora que o STF reconheceu em duas oportunidades, depois da Constituição de 1988, que a vedação em abstrato da liberdade provisória por tipo de crime – o que equivale à prisão processual obrigatória e desvinculada de cautelaridade – é inconstitucional por afrontar a presunção de inocência (STF, 2007; e STF, 2017b).<sup>13</sup>

Registre-se ainda que, em clara disfuncionalidade e desarmonia sistêmica, outros preceitos contidos na própria Lei 13.964/19 contrariam a prisão processual obrigatória, como a vedação de decretação da prisão preventiva “com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena” (art. 313, § 2º), necessidade de a prisão preventiva ser fundada “em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada” (art. 312, § 2º) e presença de “indício suficiente [...] de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (art. 312, *caput*). Por fim, ainda que haja certa relativização no rigor da decretação da prisão obrigatória ao permitir que o juiz presidente deixe de autorizá-la (art. 492, § 3º) ou que o tribunal *ad quem* conceda efeito suspensivo à apelação (art. 492, § 5º), a modificação legal segue insustentável juridicamente.

Além do emprego de termos genéricos e imprecisos, sujeitos a inevitáveis subjetivismos (“questão substancial” ou “propósito manifestamente protelatório”), a lei declaradamente estabelece a não decretação da prisão processual como hipótese excepcional, tornando

o encarceramento como regra nas condenações iguais ou superiores a 15 anos, o que é inadmissível frente ao estado de inocência.

### Considerações finais

Pelas razões expostas, ao instituir hipótese de prisão processual *ex lege* e indiretamente vedar em abstrato a liberdade provisória, o art. 492, I, “e”, do CPP institui prisão sem fim processual e impede a verificação jurisdicional de circunstâncias concretas e objetivas justificadoras das medidas cautelares, resultando em execução antecipada da pena.

Independentemente da discussão travada no RE 1.235.340 acerca da soberania dos veredictos, a autorização de prisão processual automática e sem os requisitos de cautelaridade incide em inconstitucionalidade e viola a Convenção Americana de Direitos Humanos sob o prisma da presunção de inocência, além de não observar o entendimento pretérito firmado pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e com repercussão geral sobre o tema.

### NOTAS

- 1 RE 1.235.340/SC, Relator Roberto Barroso. Até 24 de março de 2021, o julgamento contava com três votos proferidos. Os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli deram provimento ao recurso extraordinário para autorizar, sob o fundamento da soberania dos veredictos, “a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”, enquanto o Ministro Gilmar Mendes negou provimento e entendeu pela vedação da execução imediata da pena imposta em razão da presunção de inocência e do direito de recurso do condenado. Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista em 04 de maio de 2020.
- 2 Para Pastor (2010, p. 141), não se trata de exigir a comprovação de uma conduta futura e ainda não praticada (*v.g.*, efetiva evasão). O risco deve ser constatado fundamentadamente a partir de elementos concretos e demonstráveis, muito embora a constatação desse risco não signifique que o fato temido acontecerá.
- 3 Caso Suárez Rosero vs. Equador, de 12 de novembro de 1997, § 77. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 4 Caso Tibi vs. Equador, de 07 de setembro de 2004, § 106. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 5 Caso Palamara Iribarne vs. Chile, de 22 de novembro de 2005, § 212. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 6 Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez vs. Equador, de 21 de novembro de 2007, § 93. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 7 Caso J. vs. Peru, de 27 de novembro de 2013, §§ 163 e 166. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 8 Caso Hernández vs. Argentina, de 22 de novembro de 2019, § 108. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_395\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021.
- 9 Caso López Álvarez vs. Honduras, de 01 de fevereiro de 2006, § 81. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_141\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf). Acesso em: 25 mai. 2020. No caso citado, a legislação local admitia a fiança (*caución*) apenas em crimes com pena inferior a 5 anos, o que foi determinante para que o réu permanecesse preso, pois a imputação de tráfico de drogas que lhe foi dirigida

tinha pena de 15 a 20 anos de reclusão. Ver ainda caso Suárez Rosero vs. Equador, de 12 de novembro de 1997, § 93. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021; e caso Acosta Calderón vs. Equador, de 24 de junho de 2005, § 135. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021. Nesses dois últimos casos, dispositivo legal vigente à época previa hipóteses automáticas de liberdade provisória em caso de prolongamento da prisão preventiva sem apresentação da acusação ou encaminhamento do réu a julgamento, mas a lei excluía expressamente os acusados de crimes previstos na Lei de Drogas.

- 10 Caso Pollo Rivera vs. Peru, de 21 de outubro de 2016, § 125. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf). Acesso em: 12 mar. 2021. O caso dizia respeito a dispositivo legal, que estabelecia a prisão automática unicamente pela emissão do auto de abertura da instrução em crimes de terrorismo.
- 11 Nesse sentido, Silva e Felix (2020, p. 22) lembram que os crimes dolosos contra a vida não se distinguem em desvalor de gravidade a crimes como latrocínio, estupro com resultado morte e semelhantes.
- 12 A alteração legislativa parece se situar na terceira etapa do debate sobre a prisão preventiva travado na América Latina. Recorda Riego (2010, p. 6-7) que, nas últimas três décadas, é possível perceber três momentos-chaves: i) na década de 1980, estudo do ILANUD (Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) alertava para os altos índices de pessoas presas sem condenação e advertia sobre o emprego indiscriminado da prisão preventiva a partir de leis que facilitavam sua decretação; ii) num segundo momento, a edição de novos códigos processuais penais em que muitos países substituíram antigos regimes de automatismo da prisão preventiva por um sistema fundado na lógica cautelar e com acréscimo de medidas alternativas à prisão; iii) na fase mais recente, nota-se um movimento de contrarreforma normativa, na qual se tornou a alargar o uso da prisão preventiva sob argumento de uma percepção de insegurança e um suposto “excesso de garantismo”.
- 13 Aliás, por idênticas razões, o art. 310, § 2º, do CPP, na redação dada pela Lei 13.964/19, ao impedir em abstrato a liberdade provisória, padece de inconstitucionalidade e não-convenção. Frise-se, por oportuno, que foram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal questionando o art. 492, I, “e”, do CPP (ADI’s 6.345, 6.735 e 6.783, Relator Luiz Fux).

### Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.
- BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BOVINO, Alberto. El encarcelamiento preventivo. In: BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 118.770/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio, 24 de abril de 2017a. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20170420\\_082.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170420_082.pdf). Acesso em: 24 mar. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 3.112/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 26 de outubro de 2007. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20071025\\_131.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20071025_131.pdf). Acesso em: 24 mar. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 1.038.925 RG/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 19 de setembro de 2017b. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20170918\\_212.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20170918_212.pdf). Acesso em: 24 mar. 2021.
- CAFFERATA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la*

normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

GUERRA PÉREZ, Cristina. *La decisión judicial de prisión preventiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PASTOR, Daniel R. Las garantías de libertad del imputado. In: PASTOR, Daniel R. *et al. Garantismo y crisis de la Justicia*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010.

RIEGO, Cristián. Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales*, Santiago de Chile, ano 7, n. 14, p. 6-11, mar. 2010.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del sistema interamericano. *Revista IUS*, Puebla, v. 3, n. 24, p. 114-148, jul./dez. 2009.

SILVA, Rodrigo Fauz Pereira e; FELIX, Yuri. A mitigação do duplo grau de jurisdição no Pacote Anticrime. Comentários ao art. 492 do CPP. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 331, p. 20-22, jun. 2020.

Recebido em: 17/07/2020 - Aprovado em: 07/03/2021 - Versão final: 14/04/2021