

## PACOTE “ANTICRIME” E MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS

Marcos Paulo Dutra Santos<sup>1</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Da Natureza Jurídica das Condições Libertárias Provisórias e seus Desdobramentos – (In)Constitucionalidade das Vedações Liminares à Liberdade Provisória e da Execução Provisória da Pena; 2. Da Não Atuação Oficiosa do Juiz no Código de Processo Penal e na Legislação Extravagante – Lei Maria da Penha e Código de Trânsito Brasileiro; Conclusão; Referências Bibliográficas.

### INTRODUÇÃO:

A Lei nº 13.964/19 foi idealizada com o claro propósito de potencializar o encarceramento, entendida a prisão, seja como pena, seja como medida cautelar, um dos instrumentos mais valiosos na repressão à criminalidade. Sem embargo, no Parlamento esse desiderato inaugural foi, em parte, diluído, reconhecendo-se, com acerto, que a segregação jamais foi solução à delinquência, atuando, não raro, como elemento fomentador. Esse antagonismo entre os Poderes Executivo e (parte do) Legislativo gerou gravíssima coerência interna na Lei nº 13.964/19, que, ao alterar os dispositivos pertinentes às medidas cautelares pessoais, notabiliza-se por incontáveis idas e vindas, envolta em um movimento pendular, revelador de profunda crise de identidade, digna de um divã. Resta-nos, então, racionalizá-la, tendo como inafastável diretriz a Constituição da República.

### 1. DA NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES LIBERTÁRIAS PROVISÓRIAS E SEUS DESDOBRAMENTOS – (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS VEDAÇÕES LIMINARES À LIBERDADE PROVISÓRIA E DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA:

As medidas provisórias limitadoras ou privativas da liberdade possuem **unívoca** natureza cautelar, conforme enfatiza a nova redação dada ao *caput* do art. 283 do CPP, **ainda mais categórica nesse sentido do que a anterior.**

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Processual pela UERJ, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Assessor de Ministro do STF (2015/2016), Professor de Processo Penal e de Execução Penal da Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), e dos Cursos SupremoTV e Fórum/RJ.

Com efeito, antes das mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/19, dispunha a cabeça do art. 283 o seguinte: *Ninguém poderá ser preso senão em **flagrante delito** ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de **prisão temporária ou prisão preventiva*** (grifo nosso). Havia um corte nítido entre a prisão-pena, oriunda de condenação transitada em julgado, e a cautelar, listando, pontualmente, cada uma delas – flagrante, temporária e preventiva -, mas **sem** chegar a utilizar o adjetivo *cautelar*. Tal silêncio, aliás, motivou a tentativa, frustrada, de releitura da prisão preventiva, a fim de lhe conferir uma dupla face: *antes* do esgotamento das instâncias ordinárias, tutela cautelar; *após*, tutela de evidência, de cunho estritamente satisfativo, de maneira a admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade.

A ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário permitiria a execução provisória das condenações mantidas ou proferidas pelos Tribunais inferiores, mesmo quando impositivas de reprimendas não privativas de liberdade, conforme chegou a entender a 1ª Turma do STF<sup>2</sup>, em desacordo com a 2ª Turma<sup>3</sup> e a 3ª Seção do STJ<sup>4</sup>, fortes no art. 147 da Lei nº 7210/84 – Lei de Execuções Penais (LEP), a condicionar a execução ao trânsito em julgado -, pontuando que a manifestação do Plenário do STF havia se limitado à exequibilidade antecipada das reprimendas **privativas** libertárias. A via afunilada inerente a esses recursos, não mais comportando reexame probatório, conferiria estabilidade ao acertamento fático realizado nas instâncias ordinárias, permitindo, nesse momento, inverter a presunção fixada no art. 5º, LVII, da CRFB/88, de inocência para culpa. Chegou-se a invocar o fenômeno do trânsito em julgado em capítulos para dizer que as premissas fáticas da condenação já estariam

---

<sup>2</sup> HC 175673 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 29-11-2019 PUBLIC 02-12-2019 – “...A execução provisória de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal. 2. Esta Corte **não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas...**” (grifo nosso).

<sup>3</sup> RE 1200219 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 29-11-2019 PUBLIC 02-12-2019 – “...4. Entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP, mantido nas Medidas Cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF, bem como no ARE 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual, **não se aplica, automaticamente, às penas alternativas. Isso porque, o referido julgado não apreciou questão referente à possibilidade, ou não, do início da execução provisória nas penas restritivas de direito, após confirmação em segunda instância...**” (grifo nosso).

<sup>4</sup> AgRg nos EREsp 1699768/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 20/03/2019 – “...a Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/06/2017, adotou a orientação em relação **à impossibilidade de execução provisória da pena restritiva de direitos, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.** 3. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento no AgRg no HC 435.092/SP...” (grifo nosso).

preclusas. Obtemperou-se que tal orientação reduziria a seletividade socioeconômica da Justiça Penal, permitindo alcançar os acusados mais abastados, únicos em condições de contratar grandes bancas de advocacia e, por conta disso, de recorrer ao STJ e ao STF. Finalmente, invocou-se o direito comparado para assentar que a solução então aventada igualmente era adotada em diversos outros países.

Tal percepção, compartilhada pelo STF até o início do século<sup>5</sup>, sucedida pela **inadmissibilidade** da execução provisória em decorrência da ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário<sup>6</sup>, a partir de divergência aberta pela 2ª Turma<sup>7</sup>, foi retomada em 2016<sup>8</sup>. Porém, voltou a ser descartada no segundo semestre de 2019, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por motivos óbvios.

Mesmo se interpretada, timidamente, como mera presunção de não culpabilidade, a cláusula inserta no art. 5º, LVII, da CRFB/88 impede a execução provisória de qualquer reprimenda, privativa de liberdade ou não, afinal, *nulla poena sine culpa* – antecipar a pena importa, invariavelmente, antecipar a própria culpa.

Por outro lado, inexistem *n* conceitos de trânsito em julgado, relacionando-se à **imutabilidade** da sentença<sup>9</sup>, na dicção de Enrico Tullio Liebman<sup>10</sup>, (ou da norma nela contida para solucionar o conflito de interesses submetido à cognição judicial<sup>11</sup>) em razão de **não mais**

---

<sup>5</sup> HC 90645, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 11/09/2007, DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007 DJ 14-11-2007 PP-00051 EMENT VOL-02299-02 PP-00227 RTJ VOL-00205-01 PP-00260 RMP n. 36, 2010, p. 233-236 – “...*A jurisprudência desta Corte é no sentido de que **a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo**, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência...*” (grifo nosso).

<sup>6</sup> HC 91676, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-02 PP-00184 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 311-354; HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

<sup>7</sup> RHC 89550, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 27/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00107 EMENT VOL-02273-02 PP-00323 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 450-464; HC 89754, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00106 EMENT VOL-02273-02 PP-00378.

<sup>8</sup> HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 – “... **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal...” (grifo nosso).

<sup>9</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 10ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 305.

<sup>10</sup> *in* Eficácia e Autoridade da Sentença, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54.

<sup>11</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, in Temas de Direito Processual, Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 110/112; CÂMARA, Alexandre Freitas, Lições de Direito Processual Civil, vol. I. 5ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 397.

**caber recurso algum**. Trata-se não apenas de uma regra, mas de um conceito jurídico exclusivamente técnico, em torno do qual descabe qualquer sorte de ponderação. O Poder Constituinte optou por ser extremamente específico, diferentemente do verificado em outras Constituições, e mesmo em Convenções Internacionais de Direitos Humanos firmadas pelo Brasil. O art. 8º, 2 da CADH, *v.g.*, preconiza, na primeira parte, que *toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for **legalmente comprovada sua culpa*** (grifo nosso). Em sentido idêntico, o art. 14, 2 do PIDCP - *Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for **legalmente comprovada sua culpa*** (grifo nosso). *Comprovação legal de culpa* é uma expressão infinitamente mais genérica e vaga do que *trânsito em julgado*, admitindo ponderações que, à luz do último, são inconcebíveis. Executar títulos condenatórios penais, no Brasil, apenas se mostra constitucionalmente viável quando não mais couber recurso algum. Qualquer interpretação diversa significaria mudar o **texto** do art. 5º, LVII, da CRFB/88, pedra inaugural de qualquer atividade hermenêutica – embora a interpretação literal seja a mais pobre de todas, bastando, para tanto, a alfabetização, não se pode ler “a” onde a Constituição escreveu “z”.

O trânsito em julgado em capítulos foi igualmente mal colocado, por ser fenômeno adstrito aos processos com múltiplas demandas: à medida em que os recursos concernentes a uma se esgotam, alcança-se o trânsito em julgado, permitindo executar o dispositivo condenatório correlato, por sinal, **definitivamente**, e não provisoriamente. De mais a mais, transita em julgado o dispositivo, e não a fundamentação.

A dita “estabilidade” do título condenatório, em virtude de os recursos especial e extraordinário, e subsequentes, inadmitirem reanálise probatória, é igualmente falaciosa, haja vista, *v.g.*, teses como atipicidade da conduta, provas ilícitas e nulidades, que, por veicularem, em tese, ofensas à lei processual penal e à Constituição – *v.g.* art. 5º, XXXIX (tipicidade e legal penal estrita), LVI (inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos), LIII (juiz natural), LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa) – desafiam recursos especial e extraordinário, com o condão de comprometer, por completo, a condenação. Outrossim, ante a estrutura escalonada da sentença penal condenatória – após o relatório, passa-se à fundamentação atinente ao pedido condenatório, para, em seguida, se julgada procedente a pretensão, com a edição de dispositivo condenatório intermediário, retomar a motivação, a fim de complementá-lo, com a fixação da pena -, o capítulo atrelado à aplicação da reprimenda desafia, sem dificuldades, recursos especial e extraordinário, por versar sobre distintos preceitos legais federais, norteados pelo art. 5º, XLVI, da CRFB/88 (individualização da pena).

Não raro se executaria, provisoriamente, um título condenatório excessivamente severo, mantido ou prolatado em total desconformidade com os cânones estabelecidos pelo STJ e pelo STF, quadra lamentavelmente comum, reveladora da profunda crise interna vivida pela magistratura nacional, motivada, em grande parte, pelo **voluntarismo judicial** – sentenças e acórdãos pães de (paupérrimos) subterfúgios argumentativos para distorcer a lei ou não aplicar a jurisprudência fixada pelo STJ e pelo STF, por simples discordância, em detrimento da legalidade e do sistema de precedentes judiciais que, concorde-se ou não, foi instituído no País, com o aval da Corte Constitucional<sup>12</sup>. Não por acaso, somente no STJ, aproximadamente **35%** dos habeas corpus impetrados pela Defensoria Pública, **globalmente considerados**, tiveram a ordem concedida, de 2015 a 2017<sup>13</sup>. Como admitir, então, que o sentenciado, até então respondendo ao processo em liberdade, seja preso e comece a cumprir uma pena de 5 anos, em regime inicial fechado, por tráfico, para, depois de segregado por quase 2 anos, ver o título condenatório ser revertido para 1 ano e 8 meses, em virtude do reconhecimento da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, regime inicial aberto, substituída a sanção privativa libertária por restritiva de direitos, com declaração de extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena, em regime, repita-se, fechado?!

Mesmo sob o ângulo econômico, cenários como o ora retratado dariam azo a uma enxurrada de ações indenizatórias em face do Estado por erro do Poder Judiciário (art. 5º, LXXV, da CRFB/88), responsabilidade civil essa há muito não mais restrita à hipótese clássica de condenação criminal, revertida em absolvição em sede de revisão criminal – condena-se o Estado, v.g., por excesso de pena decorrente da má aplicação da reincidência, agravante genérica<sup>14</sup>. Os já combalidos cofres da União e dos Estados, a depender do órgão prolator da sentença, ficariam ainda mais fragilizados.

---

<sup>12</sup> Tamanha disfunção do Poder Judiciário não é de hoje, já havendo sido denunciada pela FGV DIREITO RIO - Centro Justiça e Sociedade – CJUS, no projeto intitulado “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores”, em 17 de março de 2014, sob a coordenação do prof. Thiago Bottino. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2020.

<sup>13</sup> Números fornecidos pelo próprio STJ, conforme matéria da Revista Época, de 29 de outubro de 2019. Disponível em <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2020. Reportagem da Folha de São Paulo, de 6 de novembro de 2019, pautada em levantamento realizado de 2009 a 2019, assinala, a seu turno, que 48% dos recursos firmados pela Defensoria Pública são providos, total ou parcialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2020.

<sup>14</sup> **STJ**, REsp 1243516/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016 – “...7. É devida indenização uma vez demonstrado erro judiciário ex vi art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal e art. 630 do CPP. In casu, restaram devidamente comprovados os prejuízos sofridos pelo recorrente, razão pela qual não há óbice a uma justa indenização. (REsp 253.674/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2004, DJ 14/06/2004, p. 264). 8. Com efeito, **inegável que houve, no caso em comento, erro judiciário, por ilegalidade no reconhecimento da reincidência, tendo sido os**

Dizer que o STJ e o STF seriam “boutiques judiciárias de luxo”, acessíveis somente por réus privilegiados, com condições de contratar renomados escritórios de advocacia, é de uma alienação aterradora, para não dizer má-fé. A seletividade socioeconômica da Justiça Penal revela-se na origem, recaindo, sistematicamente, sobre os 3 “P”s – preto, pobre e prostituta -, daí a maioria esmagadora dos feitos criminais ficar sob o pálio da Defensoria Pública que, por via de consequência, ocupa natural protagonismo nas instâncias superiores, firmando a maioria dos recursos especiais e extraordinários em trâmite no STJ e no STF<sup>15</sup>. Longe de reduzir a seletividade socioeconômica da Justiça Penal, admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, em virtude da falta de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, a potencializaria ainda mais.

Sopesando todas as considerações acima, o Pleno do STF, por apertada maioria – é bom lembrar-, reviu a sua orientação anterior, debruçando-se sobre a então redação do *caput* do art. 283 do CPP para reafirmar, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que **toda e qualquer prisão provisória, como a preventiva, é medida estritamente cautelar, despida de carga exclusivamente satisfativa. Prisão-pena somente se concebe após o trânsito em julgado da condenação**<sup>16</sup>.

Essa percepção do Pleno do STF foi positivada pela Lei nº 13.964/19, de modo ainda mais incisivo e cristalino, na nova cabeça do art. 283 do CPP, ao preceituar 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*. Explicitou, de uma vez por todas, que, a par da prisão-pena, definitiva, porque decorrente de condenação transitada em julgado, **todos os demais títulos prisionais são CAUTELARES, naturalmente provisórios e instrumentais, sem encerrar antecipação de tutela (pena)**.

Em reforço, a Lei nº 13.964/19 acrescentou o §2º ao art. 313 do CPP a fim de rememorar que *não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia* (grifo nosso). O dispositivo, em si, é redundante,

---

**prejuízos sofridos pelo recorrente por ele listados, devendo ser analisados e sopesados pelo Juízo Cível para a fixação do quantum indenizatório (CPP. art. 630, §1º)...”** (grifo nosso).

<sup>15</sup> Em matéria disponibilizada pela Revista Época, em 29 de outubro de 2019, pautada em números fornecidos pelo STJ, a Defensoria Pública foi a responsável por 45% dos habeas corpus e 40% dos recursos em tramitação na referida Corte. Disponível em <<https://epoca.globo.com/brasil/defensoria-publica-responsavel-por-quase-metade-dos-recursos-apresentados-em-instancias-superiores-24048594>>. Acesso em 9 de fevereiro de 2020.

<sup>16</sup> Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, alusivas ao art. 283, cabeça, do CPP, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgadas em 23 e 24 de outubro de 2019, conforme revelado no Informativo nº 958 do STF.

ante os atuais termos do art. 283, cabeça, do CPP, mas, em tempos de obscurantismo e de ódio ao conhecimento e à ciência – vide discussões como o *terraplanismo* – o óbvio, inclusive o ululante, precisa, mesmo, ser repetido.

A aparente coerência interna da Lei nº 13.964/19 derrapa em alguns momentos. Correções de rumo são imprescindíveis.

A primeira delas verifica-se no §2º, acrescido ao art. 310 do CPP. Ao preconizar que *se o juiz verificar que o agente é **reincidente** ou que **íntegra organização criminosa armada ou milícia**, ou que **porta arma de fogo de uso restrito**, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares*, simplesmente **ressuscitou** as vedações liminares à liberdade provisória, há muito extirpadas do ordenamento pátrio pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, proibições em abstrato à liberdade provisória importam **conversões automáticas da prisão em flagrante em preventiva, independentemente de elementos concretos demonstrativos da sua real necessidade, presumindo, de modo absoluto, o *fumus comissi delicti*, o *periculum in libertatis* e a *proporcionalidade***. Significa tratá-las como tutelas de evidência, antecipatórias da pena, em total descompasso com o art. 5º, LVII, da CRFB/88, mesmo se interpretado, restritivamente, como presunção de não culpabilidade, afinal, *nulla poena sine culpa* – antecipando-se a pena, antecipa-se, invariavelmente, a culpa, porquanto indissociáveis.

Ademais, tutelas cautelares são **jurisdicionais**, submetendo-se à cláusula constitucional de **reserva de jurisdição**. **Avaliar a necessidade e a adequação das restrições libertárias cautelares é múnus privativo do juiz, no qual descabe ao legislador imiscuir-se**, sob pena de violar a separação e a independência entre os Poderes da República – art. 2º da CRFB/88.

O art. 310, §2º simplesmente desdiz o preceituado no *caput* do art. 283 e no §2º do art. 313, incorrendo em acintosa contradição interna. Mesmo que se invoque, acriticamente, o princípio da especialidade, encarando aquele como exceção aos últimos, os descompassos não acabam.

Primeiro, porque o preceito proibitivo da liberdade provisória alcança o *reincidente*, subentendendo-se o *genérico*, porque, quando alude ao específico, o legislador é explícito. Assim, nos moldes do art. 63 do Código Penal, qualquer condenação anterior por *crime*, ensejadora da reincidência, impediria a liberdade provisória, pouco importando se *culposo*, de *pequena ou média ofensividade* ou de *temática completamente diversa do atual, motivador do flagrante*. Apenas seriam neutras as condenações pretéritas por contravenção penal, **compreendendo** as pertinentes ao porte, para uso pessoal, de substâncias entorpecente, por consubstanciar um *minus* em relação às contravenções, afinal, diferentemente destas, **não**

**desafiam pena privativa de liberdade em hipótese alguma**, haja vista o art. 28 da Lei nº 11.343/06. Se o *plus* não conduz à reincidência, tampouco o *minus*, na esteira da jurisprudência, pacífica, do Superior Tribunal de Justiça, escudada no princípio da proporcionalidade<sup>17</sup>.

Desimportante igualmente seria analisar a gravidade em concreto do injusto em razão do qual o imputado foi capturado em flagrante. À exceção das infrações de menor potencial ofensivo, submetidas ao art. 69 da Lei nº 9099/95, e do uso de entorpecentes, presentes os §§2º a 4º do art. 48 da Lei nº 11.343/06, os demais crimes, em tese, ficariam sujeitos ao §2º do art. 310 do CPP, bastando que o suposto autor do fato fosse reincidente. **Resgata-se a vedação apriorística à liberdade provisória, banalizando-a como jamais visto em toda a história legislativa brasileira. Desconsidera-se, por completo, o Direito Penal do fato, volvendo-se ao Direito Penal do autor.**

Em segundo lugar, a vedação igualmente compreende o pretense integrante de organização criminosa armada ou milícia, condutas capituladas, respectivamente, no art. 2º, §2º da Lei nº 12850/13 e no art. 288-A do Código Penal, **injustos que, a rigor, sequer são hediondos** – nos moldes do art. 1º, parágrafo único, V, da Lei nº 8072/90, a hediondez restringe-se à **organização criminosa, quando direcionada à prática de crime hediondo ou equiparado**, além do homicídio, e **não** da milícia em si, **quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio**. E mais: esses delitos têm pena mínima em abstrato de até quatro anos, desafiando, em tese, regime inicial aberto. Por conseguinte, a **obrigatória** conversão do flagrante em preventiva, equivalente ao regime fechado, igualmente destoa do princípio da proporcionalidade (homogeneidade das tutelas cautelares), versado no art. 282, I e II, do CPP (binômio necessidade/adequação), **inalterado pela Lei nº 13.964/19** – o piso do delito de organização criminosa é de 3 anos, majorado de **até** metade, se armada, logo, a fração de metade é o **teto**, permitindo exasperá-la a menor, **sem fração mínima definida em abstrato**, podendo o acréscimo equivaler, v.g., a **1** dia, porque desprezadas são as frações de dia, nos

---

<sup>17</sup> AgRg nos EDcl no REsp 1774124/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019 – “**...as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade...**”(grifo nosso); AgRg no REsp 1778346/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019 – “**...se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior (HC n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019)**...” (grifo nosso).

moldes dos arts. 10 e 11 do Código Penal (a rigor, **1** dia é o quantitativo mínimo de aumento, não sendo possível associá-lo a qualquer outra fração, como, v.g., um oitavo, por absoluta ausência de delimitação temporal pelo legislador, curvando-se, assim, ao princípio da legalidade).

Finalmente, mas não menos importante, chega-se, quiçá, ao maior **paradoxo**. A Lei nº 13.964/19 **manteve** a escala penal cominada ao **porte de arma de uso restrito**, 3 a 6 anos de reclusão e multa, diferentemente da de uso proibido, elevada para inacreditáveis 4 a 12 anos de reclusão (art. 16, §2º da Lei nº 10.826/03) - maior do que a reservada ao roubo simples, de 4 a 10 anos de reclusão. Igualmente o **retirou do rol de crimes hediondos**, diversamente do verificado quando de uso proibido for a arma (art. 1º, parágrafo único, II, da Lei nº 8072/90). Todavia, recaiu a vedação liminar à liberdade provisória **justamente ao porte de arma de uso restrito, sem referência alguma ao de uso proibido, apesar de hediondo e infinitamente mais grave, em vista da reprimenda cominada**.

Em suma: a liberdade provisória foi mantida para os delitos hediondos e afins, e vedada aos despidos desse emblema, considerado o rol do §2º do art. 310 do CPP. Toda norma possui uma *ratio essendi*. Não são preceitos amorfos, ou, ao menos, **não deveriam ser**, porque a atividade legislativa deve se pautar em parâmetros racionais, presente o princípio da proporcionalidade. Eventuais divergências ideológicas, relacionadas à política criminal a ser adotada, são esperadas, necessárias e bem-vindas, inerentes a qualquer Estado Democrático de Direito. Mas, no caso específico do art. 310, §2º do CPP, seja sob um olhar garantista ou punitivista, e para além da presunção de inocência, cuja violação é patente, conforme comentado acima, **inexiste lógica ou norte**. As escolhas do legislador foram aleatórias, sem a menor coerência científica, reveladoras de constrangedora inanição intelectual. E, pior: **afrontando, abertamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**.

A liberdade provisória já foi **proibida** para o porte de arma de uso restrito ou proibido, considerado o art. 21 da Lei nº 10.826/03, havendo o Pleno do STF, forte no art. 5º, LVII, da CRFB/88, declarado tal vedação **inconstitucional**<sup>18</sup>. Restaurá-la manda às favas a autoridade da Corte Constitucional, e, por conseguinte, a harmonia e o respeito que devem nortear a relação

---

<sup>18</sup> ADI 3112, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386 RTJ VOL-00206-02 PP-00538 – “...IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", **mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade**. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. **Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente...**” (grifo nosso).

entre os Poderes da República. Perde, em última análise, a segurança jurídica, mais precisamente a confiabilidade nas Instituições.

Diz-se o mesmo quanto às organizações criminosas armadas e às milícias. O art. 7º da então Lei nº 9034/95, que dispunha sobre o crime organizado, preconizava que *não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa*. Pois o Supremo igualmente possui precedentes assentando a inconstitucionalidade deste preceito<sup>19</sup>, a ponto de **não ter sido reproduzido na Lei nº 12.850/13**, em sinal de deferência à Corte, respeito esse que passou ao largo na Lei nº 13.964/19.

A reincidência, **por si só**, jamais avalizou prisão preventiva<sup>20</sup>. O então art. 594 do CPP, por exemplo, dispunha que *o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto, logo, a contrario sensu*, a prisão preventiva por força da condenação era mandatória em desfavor do reincidente. Pois esse dispositivo foi declarado não recepcionado pelo STF, **mesmo depois de ter sido revogado pela Lei nº 11.719/08**, por ofensa ao estado de inocência - além do cerceamento à ampla defesa, que possui no acesso ao

---

<sup>19</sup> HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364 - "...LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º) - VEDAÇÃO LEGAL APRIORÍSTICA DE LIBERDADE PROVISÓRIA - CONVENÇÃO DE PALERMO (ART. 11) - INADMISSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO - REGRA LEGAL DE QUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE - POSSÍVEL CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. - Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. - A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do "due process", dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF. - A interdição legal "in abstracto", vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do "due process of law", da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. - O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. - Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar..."

<sup>20</sup> STJ, HC 500.114/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 10/05/2019 - "...3. Caso em que o decreto que impôs a prisão preventiva ao paciente não descreveu a adequação típica da sua conduta, tampouco apresentou motivação concreta apta a justificar a segregação cautelar, **tendo se limitado a citar, de modo genérico, a reincidência do paciente** e a necessidade de garantia da ordem pública..." (grifo nosso).

duplo grau de jurisdição, quando disponível, seu desdobramento natural<sup>21</sup>, percepção, aliás, conducente à declaração de não recepção constitucional também do art. 595 do CPP, ao cominar a pena de deserção recursal ao réu que fugisse após ter apelado da sentença condenatória<sup>22</sup>. E o dito diploma legal, alinhado à jurisprudência da Corte Constitucional, ainda incluiu o parágrafo único ao art. 387 do CPP, posteriormente desmembrado, ora correspondendo ao §1º, para assentar que *o juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta* (grifo nosso), deixando clara a **inadequação da reincidência, isoladamente considerada, como baliza cautelar**. A inconstitucionalidade do art. 59 da Lei nº 11.343/06, cuja redação é **idêntica** à do citado art. 594 do CPP, já se mostra favas contadas, não havendo passado despercebida pelos órgãos fracionários do STF<sup>23</sup>.

Diante da firme, consistente e retilínea orientação do Supremo acerca da inconstitucionalidade dessas vedações à liberdade provisória, a contida no art. 3º da Lei nº 9613/98 (lavagem de capitais), igualmente glosada pelo STF, reafirmando a natureza cautelar das prisões provisórias<sup>24</sup>, **não foi reeditada, quando da reforma promovida pela Lei nº 12.683/12, ab-rogando-se o dispositivo**. A contida no art. 44, cabeça, da Lei nº 11.343/06, dirigida aos delitos previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, 34 a 37, igualmente foi reputada **inconstitucional**<sup>25</sup>.

Mesmo sob a égide da Lei nº 6815/80 (Estatuto do Estrangeiro), o STF já vinha entendendo como cautelar a custódia relativa à extradição. Conforme tivemos a oportunidade de observar à época:

O mesmo Supremo Tribunal Federal, revolvendo a sua jurisprudência, passou a entender que a prisão determinada no curso do processo de extradição (art. 84 da Lei nº 6815 de 19 de agosto de 1980)<sup>26</sup>, até então encarada como

<sup>21</sup> RHC 83810, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00678.

<sup>22</sup> HC 85961, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00416 RB v. 21, n. 547, 2009, p. 21-24 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 471-478 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 306-317.

<sup>23</sup> HC 85961, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00416 RB v. 21, n. 547, 2009, p. 21-24 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 471-478 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 306-317.

<sup>24</sup> HC 83868, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-02 PP-00334 RTJ VOL-00212-01 PP-00458 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 266-306 RMP n. 44, 2012, p. 187-220.

<sup>25</sup> HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012 – “...3. *Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44).* 4. **Constricção cautelar mantida somente com base na proibição legal.** 5. **Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea.** 6. *Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida...*” (grifo nosso).

<sup>26</sup> **Pleno do STF**, HC 88455/RJ, rel. Min. Carlos Britto, j. 14/06/2006, DJ de 25/08/2006; Ext 1216/EUA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/03/2011, DJ de 16/05/2011.

condição especial de prosseguibilidade, teria natureza cautelar, devendo ser decretada ou mantida somente se realmente necessária à efetividade do processo, a fim de não fazer as vezes de antecipação de tutela, ao arrepio do art. 5º, LVII da CRFB/88, ainda que encarado como presunção de não culpabilidade...<sup>27</sup>

Sobrevindo a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração), em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, positivou-se, de vez, a orientação do STF, pois, no art. 84, a segregação incidental ao processo de extradição é sistematicamente adjetivada de cautelar, não deixando o art. 86, *caput*, dúvidas quanto à sua natureza jurídica, ao preconizar que *o Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá **autorizar prisão albergue ou domiciliar** ou determinar que o **extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias**, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso.* Descartada está, igualmente, a prisão provisória automática e indeclinável.

Buscar-se-á, em sentido contrário, mais uma vez, o art. 5º, LXVI, da CRFB/88, a fim de dizer que, se *ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei **admitir** a liberdade provisória, com ou sem fiança* (grifo nosso), então, *a contrario sensu*, a lei poderia **inadmitir** a liberdade provisória em determinados casos, como os versados no §2º do art. 310 do CPP. Negá-la é, de fato, viável constitucionalmente, mas **não** em abstrato, e sim **em concreto**. Assim deve ser entendido o preceito constitucional, até para conciliá-lo com o inciso LVII do mesmo artigo, propositalmente, aliás, **anterior**. E, de todo modo, a par da insuperável alegação de ofensa ao estado (ou presunção) de inocência (ou de não culpabilidade), o rol padece tanto de racionalidade que impossibilidade qualquer debate mais sério acerca da sua constitucionalidade.

Outra depuração há de ser feita na Lei nº 13.964/19, dessa vez no tocante à prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível.

Em se tratando de condenações oriundas do Tribunal do Júri, alterou-se a alínea e do inciso I do art. 492 do CPP para assentar que o juiz-presidente, na sentença, *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*

---

<sup>27</sup> in O Novo Processo Penal Cautelar, ob. cit., p. 256.

(grifo nosso). A ressalva contida no dispositivo – *se for o caso* – é aclarada no §3º, segundo o qual o juiz *poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação* (grifo nosso). Por outro lado, a potencial antinomia com o art. 597 do CPP, peremptório ao anunciar o efeito suspensivo das apelações contra sentenças condenatórias, o que inviabilizaria a execução provisória da reprimenda, é contornada no §4º, ao assentar que *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* (grifo nosso).

Como o Pleno do STF retomou a orientação, descartada em 2016, segundo a qual as prisões provisórias têm natureza cautelar, a Lei nº 13.964/19 procurou arrefecer o automatismo, a inevitabilidade desta execução provisória da pena, com o escopo de neutralizar as críticas relacionadas à sua (in)constitucionalidade. Não por outra razão o §3º do art. 492 do CPP dá ao juiz-presidente a faculdade de não decretar a prisão, se houver “questão substancial” cuja revisão possa, “plausivelmente”, levar à revisão da condenação. O inciso II do §5º melhor elucida o significado da dita “questão substancial”, sendo aquela com potencial de conduzir à *absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão*. Isso porque, se o juiz-presidente assim não entender, nada impede que o Tribunal, competente para conhecer da apelação, o faça, concedendo-lhe efeito suspensivo.

Esse sistema construído pela Lei nº 13.964/19 aposta na ingenuidade, ou má intenção, do intérprete, esfacelando-se se analisado sob um olhar frio, racional e pragmático.

Sob pena de integral descrédito do Poder Judiciário, nenhum juiz prolata uma sentença condenatória *imaginando* que será reformada ou anulada. Considerados os rigores previstos no art. 315, §2º do CPP, também inseridos pela Lei nº 13.964/19, o esperado é que tenha invocado os preceitos normativos e os conceitos jurídicos adequados à hipótese submetida à cognição judicial (incisos I e II), com motivação individualizada (inciso III), com enfrentamento dos argumentos em sentido contrário ao da decisão tomada (inciso IV), sempre à luz da jurisprudência dominante sobre as *n* questões preliminares e de mérito equacionadas, exceto se for o caso de distinção ou superação do entendimento (inciso V e VI). Preenchidas essas balizas, e assim há de ser por força do dito §2º, magistrado algum apostará na revisão do seu julgado. Em suma: a execução provisória da pena, com expedição de mandado de prisão, pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, quando as condenações desaguarem em pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, será a regra absoluta. O §3º ficará no plano abstrato, sem se materializar.

Melhor sorte não socorre o §5º. Mas, diante da péssima topografia – ao invés de disciplinar, primeiro, o pedido de concessão de efeito suspensivo, para, depois, delinear o atuar do Tribunal, a Lei nº 13.964/19 fez o inverso, como se a decisão precedesse a provocação (!) – cumpre começar pelo §6º.

Diz o preceito que *o pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia*. O dispositivo, em si, já é tecnicamente horroroso, merecendo depurar as seguintes imprecisões:

a) A apelação é processada nos próprios autos, e não em apartado (art. 603 do CPP), logo, no caso de o efeito suspensivo ser buscado incidentalmente ao apelo, instruí-lo com cópias das peças enumeradas no §6º do art. 492 do CPP é **indevido**. A citada instrução **só** alcança os pedidos destacados do recurso.

b) Como o sentenciado, até então solto, sairá do Plenário do Júri preso, a **urgência** é ínsita ao pedido de concessão de efeito suspensivo, a ser deduzido antes do término do processamento da apelação no juízo de origem. Consideradas as peças listadas no §6º, tidas pelo legislador como obrigatórias, **mandatórias, mesmo, são, apenas, as cópias da sentença e da certidão de tempestividade da petição de interposição**, a fim de assegurar a **inocorrência** do trânsito em julgado – do contrário, a execução da pena já seria definitiva. Na petição de interposição, que deve indicar os fundamentos do apelo (art. 593, III, do CPP), o espectro cognitivo do recurso já fica previamente fixado. E, para fins de tempestividade, interessa, apenas, a interposição, cujo prazo é próprio, diferentemente das razões, impróprio, visto que, independentemente de serem ofertadas, ou não, o apelo será encaminhado ao Tribunal (art. 600, cabeça, do CPP). Por tudo isso, **falece proporcionalidade, sob o ângulo da adequação, a exigência de instrução do pedido com as razões de apelação, EXCETO se, por lapso do defensor, a interposição tenha sido genérica, hipótese em que, por ser o apelo contra os pronunciamentos do Conselho de Sentença vinculado aos temas ordenados no inciso III do art. 593 do CPP, há de ser impreterivelmente completada pelas razões, aliás, tempestivas, por imprescindível, por complementar a interposição, cujo prazo é preclusivo – inteligência da Súmula nº 713 do STF.**

c) Como o pedido virá acompanhado da petição de interposição, **delimitadora do mérito do apelo**, e, por conseguinte, **do efeito devolutivo**, descabe, repita-se, exigir a cópia das razões na instrução do pleito de concessão de efeito suspensivo, que,

naturalmente, se **reportará** às questões de mérito a serem veiculadas nas razões de apelação, objetivando sinalizar a sua **substancialidade** e consequente **probabilidade** de **reforma** ou **anulação** da sentença guerreada. **O caráter emergencial da tutela perseguida não se compraz com tal formalidade**, inútil, a atravancar um procedimento, essencial e necessariamente, célere.

d) Pior ainda é exigir à instrução do pedido a cópia das contrarrazões. E por uma razão muito simples: **apresentadas as razões e as contrarrazões, o processo está pronto para ser enviado ao Tribunal**. Assim, **de nada adiantaria aduzir o pedido de efeito suspensivo destacadamente do apelo** – fazê-lo incidentalmente à apelação daria no mesmo. Igualmente em apreço à proporcionalidade, sob o ângulo da adequação, o conhecimento, pelo Tribunal, das contrarrazões é prescindível ao deferimento, ou não, de efeito suspensivo ao apelo.

e) De mais a mais, os §§5º e 6º do art. 492 do CPP, ao introduzirem, em nível **infraconstitucional**, o pedido de concessão de efeito suspensivo, não se sobrepõem ao *habeas corpus*, garantia fundamental, de assento **constitucional** – art. 5º, LXVIII, da CRFB/88. A probabilidade de reforma ou de anulação da condenação já tornaria, por si só, ilegal ou arbitrária a privação libertária, **viabilizando** a impetração do *habeas* ao Tribunal, **paralelamente** à apelação, como via **alternativa**, mas também **pertinente**, ao referido pedido. E a causa de pedir fatalmente seria uma das listadas no art. 648 do CPP – falta de justa causa ou motivação inexistente ou deficiente (incisos I e IV), incompetência do juízo (inciso III) ou qualquer outra nulidade (inciso VI). Enfim, a prevalecer o entendimento, draconiano, pela imprescindibilidade dos documentos elencados no §6º do art. 492 do CPP para a instrução e conhecimento do pedido de concessão de efeito suspensivo, buscar-se-á o mesmo via *habeas corpus*, **esvaziando, por completo, os ditos §§5º e 6º**.

Dissecado o §6º, chega-se, finalmente, ao §5º. De antemão, **o pedido de efeito suspensivo submete-se ao colegiado**, precedido do parecer do Procurador oficiante na Câmara, porque o preceito expressamente diz que, excepcionalmente, *poderá o **tribunal** atribuir efeito suspensivo à apelação*. A norma é distinta da verificada, por exemplo, no desaforamento, no qual preceitua o §2º do art. 427 do CPP que, *sendo relevantes os motivos alegados, o **relator** poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão do julgamento pelo júri*. **A competência para a outorga, ou não, de efeito suspensivo ao apelo submete-se à colegialidade**.

Poderia o relator, em liminar, deferir a suspensão? Obviamente que haverá vozes que responderão negativamente, por ausência de previsão legal e em vista da própria excepcionalidade da suspensão em si – o que dizer, então, liminarmente... Obtemperar-se-á,

ainda, a supressão de competência, por ser matéria afeta à Câmara, nos moldes do §5º. Sem embargo, invocando o art. 654, §2º do CPP, o relator poderá fazê-lo, mas, é forçoso convir, trata-se de quadra bastante remota – se o juiz pode, de ofício, conceder *habeas corpus* a título definitivo, quanto mais mediante provocação e precariamente, afinal, em apreço à teoria dos poderes implícitos, quem pode o mais, pode o menos<sup>28</sup>. Também por esses motivos, o incidente contemplado nos §§5º e 6º do art. 492 tende a ser **preterido** pela impetração de *habeas corpus*, com pedido expresso de liminar, fenômeno inerente ao devido processo legal do *habeas*, avalizado pela doutrina e pela jurisprudência do STJ e do STF, com espeque, justamente, na interpretação ontológica (compreensiva) do art. 654, §2º, acima esmiuçada, conjugada à Lei nº 12.016/09 – se o mandado de segurança comporta liminar (art. 7º, §§1º a 5º), com razão ainda maior o *habeas corpus*, porque ambas são **mandamentais**, versando a última sobre a liberdade, **bem jurídico indisponível, de envergadura maior**.<sup>29</sup>

Se o pedido de suspensão dos efeitos da decisão atacada for incidental ao apelo, o relator deve, primeiro, examiná-lo, liberando o processo para ser pautado pelo presidente da Câmara e julgado. Após, os autos retornam ao relator para exame da apelação em si. Descabe julgar, simultaneamente, ambos, mesmo porque o escopo do pleito suspensivo é garantir que o réu possa aguardar em liberdade o julgamento do apelo. Com razão ainda maior adota-se esse procedimento **se** o efeito suspensivo do apelo for buscado em petição isolada. No caso do *habeas corpus*, o mérito da impetração será igualmente apreciado pelo Colegiado **antes** da apelação.

Ante tal formato, não é preciso recorrer à futurologia para antever a inocuidade desse pedido. O acolhimento perpassa, nos termos do §5º do art. 492 do CPP, pelo atendimento de dois requisitos, **cumulativos**: não ter o apelo propósito **protelatório** e levantar questão **substancial**, com potencial para importar absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar aquém de 15 anos de reclusão. Ora, nos moldes delineados pelo legislador, o pedido de suspensão atua como manifesta antecipação do mérito recursal. É

---

<sup>28</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra, *in* Ações Constitucionais Impugnativas no Processo Penal, *in* O Projeto do Novo Código de Processo Penal, coord. Leonardo Barreto Moreira Alves e Fábio Roque Araújo, Salvador, Editora Jus Podivm, 2012, pp. 556-557.

<sup>29</sup> Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, Recursos no Processo Penal, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp.370/371. O *leading case* sobre o tema, rememoram os autores, deu-se sob a égide da anterior Lei nº 1533/51, no *habeas corpus* formalizado no STF, em prol do ex-governador do Estado de Goiás, Mauro Borges, em 1964, havendo sido concedida a liminar por analogia *in bonam partem* com o mandado de segurança. Na mesma esteira, estribado nas lições de Helio Tornaghi, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. IV, 25ª edição, São Paulo, 2003, pp. 580/582.

impraticável examiná-lo sem percorrer este último. Indeferi-lo, sob a justificativa de ser o recurso protelatório, v.g., significa selar, de antemão, o desprovimento. Acolhê-lo, porque robusta a tese veiculada na apelação, configura, no mínimo, forte inclinação pelo provimento. Por tudo isso, e para evitar alegações de pré-julgamento, o caminho mais fácil à disposição dos Tribunais será o indeferimento, sob o fundamento de que a análise da eventual concessão de efeito suspensivo embaralha-se com o mérito recursal. Conforme já observado, ora reiterado, os §§5º e 6º do art. 492 do CPP teriam ínfima aplicabilidade prática.

No mais, registre-se, mais uma vez, a debilidade técnica dos idealizadores da norma, afinal, nos apelos interpostos contra os pronunciamentos do Conselho de Sentença, **não se persegue a absolvição do réu**. Em se entendendo indevida a condenação, porque contrária à evidência dos autos ou ao Direito, pede-se a desconstituição do veredicto, realizando-se novo julgamento, nos moldes do art. 593, §3º do CPP. Referir-se à *absolvição*, tal qual consta no inciso II do §5º do art. 492 do CPP, é erro crasso, revelador do profundo desconhecimento do tema.

Por tudo isso, é forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da alínea e do inciso I do art. 492, bem como dos §§3º a 6º do CPP, reproduzindo-se, aqui, toda a glosa desenvolvida em relação à execução provisória da pena.

Não se desconhece, em sentido contrário, os precedentes da 1ª Turma do STF, favoráveis à pronta execução das condenações provenientes do Tribunal do Júri<sup>30</sup>, sem adesão, contudo, do STJ, **mesmo antes** de o Pleno do STF voltar a **inadmitir** a execução provisória da pena privativa de liberdade<sup>31</sup>. A soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c da CRFB/88) conferiria suficiente estabilidade aos éditos condenatórios para, ainda em primeiro grau, inverter o estado (ou presunção) de inocência para o de culpado, sem ofensa ao art. 5º, LVII, da CRFB/88, afinal, o eventual provimento do apelo sujeitar-se-ia à constatação de haver sido

---

<sup>30</sup> HC 144712, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25-02-2019 PUBLIC 26-02-2019 – “...a Primeira Turma do STF já decidiu que **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...” (grifo nosso).

<sup>31</sup> AgInt no RHC 112.461/GO, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019 – “...Esta Corte de Justiça já se pronunciou no sentido de que ‘De qualquer modo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo pontuais divergências, sempre entenderam que **a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível**’. A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pela lei adjetiva penal. O fato de a Corte revisora, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, não provoca a execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento, com reexame de fatos e provas. (HC n. 478.945/ES, Quinta turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/03/2019)’...” (grifo nosso); HC 521.628/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019.

a condenação **manifestamente** contrária à evidência dos autos (art. 593, III, d do CPP). Tamanha reversão mostra-se improvável, porque, em atenção à dita soberania, a existência de material informativo/probatório **controverso** já bastaria à manutenção da condenação.

Além de toda a argumentação, já articulada, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, invocar a soberania dos veredictos para abalizá-la constitucionalmente mostra-se de todo equivocado, distorcendo, por completo, o significado e o alcance dessa garantia fundamental.

O art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88 anuncia, em primeiríssimo plano, a plenitude de defesa na alínea “a”, para, no inciso LV, apresentar a ampla defesa, por conseguinte, não podem ser tratadas como garantias justapostas. Inclusive sob o aspecto semântico, defesa *plena* é um *plus* em relação à defesa *ampla*. Com efeito, a última é oponível aos órgãos jurisdicionais em geral, norteados pelo princípio do livre convencimento **motivado** (art. 93, IX, da CRFB/88), logo, qualquer defesa, para ser cognoscível pelo juiz, precisa ser construída com lastro nos princípios, lei, doutrina e jurisprudência. O direito de defesa, embora amplo, não chega a ser *pleno*, pois conhece um *teto*, ditado pela razão, elemento imprescindível a todo e qualquer pronunciamento jurisdicional.

No Júri, todavia, tem-se o *pleno* exercício do direito de defesa, ou seja, mesmo teses *supralegais*, *sem respaldo técnico*, podem ser articuladas, porquanto, do contrário, inexistiria a *plenitude* do direito de defesa, em afronta ao art. 5º, XXXVIII, a da CRFB/88<sup>32</sup>.

Quando, no Plenário, pede-se a absolvição, *v.g.*, da mulher pelo homicídio do esposo, após tê-lo flagrado contra a amante no próprio leito conjugal, ou do pai, pelo assassinato do estuprador da filha, mediante vários disparos de arma de fogo pelas costas, ou, ainda, porque passado longo tempo depois do acontecido, encontrando-se o réu inteiramente integrado à sociedade, de sorte que a pena seria estritamente retributiva, **nada de juridicamente relevante é alegado**. Nos dois primeiros exemplos haveria, sob um olhar exclusivamente técnico e racional, quando muito, um homicídio privilegiado, provavelmente qualificado pelo recurso que impossibilitou a defesa da vítima. No terceiro caso apresentado, nem isso, afinal, o decurso temporal é indiferente para a tipicidade, ilicitude e culpabilidade da conduta, impactando, apenas, na punibilidade, presente, *v.g.*, a prescrição. Ainda assim, tais teses não só são articuláveis, como, muitas vezes, exitosas. A isso se somam vários recursos retóricos, cujo emprego pela defesa é admissível, mas despidos de conteúdo jurídico, como leituras bíblicas demonstrativas do valor do perdão, buscando, assim, uma absolvição por misericórdia.

---

<sup>32</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques, Júri, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005, p.33.

Tudo isso somente é possível porque, no Júri, o Conselho de Sentença pauta-se pelo sistema da íntima convicção, **expressão da soberania dos jurados, sem a qual a plenitude de defesa jamais se concretizaria**. Por mais que sejam heresias jurídicas, se desenvolvidas a partir de elementos probatórios constantes no processo, não se pode dizer que, acolhê-las, atentaria contra a evidência dos autos. **É a soberania que confere estabilidade a esses veredictos, impedindo o Tribunal de revertê-los em prol de novo julgamento por falta de amparo técnico-legal. A alínea “c” do inciso XXXVIII do art. 5º da CRFB/88 concretiza a “a”. A plenitude de defesa só existe por conta da soberania dos veredictos.**

À atuação do Ministério Público, por sua vez, a soberania dos veredictos é **neutra**, porque cumpre-lhe indicar *os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais* (art. 129, VIII, 2ª parte, da CRFB/88), ou seja, ao se pronunciar pela condenação do réu, no plenário do Júri, o *Parquet* **há de fazê-lo motivadamente, por imperativo constitucional**. Eventual veredicto condenatório, embora desconhecida a *ratio decidendi*, porque sem fundamentação, tende a passar ao largo da teratologia jurídica, apresentando suficiente roupagem técnica, sem o risco de cassação pelo Tribunal em prol de novo julgamento.

A soberania dos veredictos surge, assim, não como uma garantia indistinta das partes, mas do réu, precipuamente, porque imprescindível à efetividade da plenitude de defesa. Partindo dessa premissa, invocá-la para legitimar a execução provisória da pena, no Júri, ainda em primeiro grau é um contrassenso, pois **um direito fundamental do acusado militaria contra si**.

Inconstitucional é a Lei nº 13.964/19 quanto ao regramento dispensado à alínea “e” do inciso I do art. 492 do CPP, trazendo, a reboque, os §§3º a 6º.

## **2. DA NÃO ATUAÇÃO OFICIOSA DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVANTE – LEI MARIA DA PENHA E CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO:**

O processo penal cautelar brasileiro, especialmente no tocante às medidas de cunho pessoal, constrictivas da liberdade, tem passado por gradual depuração à luz do sistema acusatório. À medida em que a titularidade da ação penal pública foi confiada, privativamente, ao Ministério Público (art. 129, I, da CRFB/88), atuações oficiosas do juiz *pro societate* traduzem inconstitucional ingerência no exercício da pretensão punitiva estatal, incompatível com a equidistância que dele se exige, sem a qual inexistente imparcialidade, premissa de qualquer processo substancialmente devido – art. 5º, LIV, da CRFB/88.

Apesar de tal percepção dominar parte expressiva da doutrina nacional há bastante tempo, jamais sensibilizou os Tribunais do País, inclusos o Superior Tribunal de Justiça<sup>33</sup> e o Supremo Tribunal Federal<sup>34</sup>. Por versar sobre medidas cautelares, implementadas com lastro em cognição **sumária**, encerrando valorações **precárias**, *rebus sic stantibus*, entendia-se pela inoportunidade de pré-julgamentos. A par disso, não se pode desprezar o aspecto político: a concretização do sistema acusatório importa, inevitavelmente, decotar os poderes oficiosos da magistratura. E toda proposta que envolve *perda de poder* sofrerá natural resistência dos por ela atingidos.

Não causa espécie, assim, que a depuração das (inúmeras) reminiscências inquisitórias tenha sido promovida, inteiramente, pelo Poder Legislativo, na linha do defendido há décadas pela doutrina pátria. Destaca-se, nesse contexto, a Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.

O texto original do art. 311 do CPP autorizava o juiz a decretar, de ofício, a prisão preventiva incidentalmente ao inquérito e ao processo. Sensível às exigências de um processo genuinamente acusatório, mas sem concretizá-lo integralmente, a Lei nº 12.403/11 alterou o art. 311 para circunscrever a atuação oficiosa ao processo, descartando-a do inquérito.

Guiou-se pelo entendimento doutrinário intermediário, segundo o qual **seria admissível a performance judicial *ex officio* no curso do processo, por ser o juiz o condutor e presidente, diretamente interessado na preservação da sua efetividade, extensiva, por óbvio, à sentença. Na investigação, contudo, a proatividade seria demasiada e inadequada, por se estar em um universo inquisitório, no qual o protagonismo, por mandamento constitucional, é todo dos órgãos de repressão estatal – Polícia e Ministério Público -, considerados, respectivamente, os artigos 144 e 129, I da CRFB/88. Como a Lei nº 12.403/11 trouxe um regramento geral sobre as medidas cautelares pessoais, presente o art. 282, tal norma foi repetida no §2º, a englobar as tutelas cautelares diversas da prisão, contempladas nos arts. 319 e 320 do CPP.**

A Lei nº 13.964/19 **evoluiu**, significativamente, em relação à Lei nº 12.403/11, pois, a fim de materializar de vez o sistema acusatório, revisitou os citados §2º do art. 282 e art. 311 do CPP para **decotar** o atuar *ex officio* do juiz **também** do **processo**. Doravante, apenas mediante provocação, em atenção ao princípio da inércia da jurisdição – *ne procedat iudex ex*

---

<sup>33</sup> RHC 66.680/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016.

<sup>34</sup> HC 126.501/MT, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/acórdão Min. Edson Fachin, 1ª TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 04/10/16 – “...3. Diante do disposto no art. 156 do CPP, não se reveste de ilegalidade a atuação de ofício do Magistrado que, em pesquisa a banco de dados virtuais, verifica a presença de registros criminais em face do paciente...” (grifo nosso).

*officio* -, pressuposto inalienável para qualquer apreciação jurisdicional efetivamente imparcial. Se o próprio titular da ação penal não vislumbrou necessária a constrição libertária cautelar, descabe ao juiz, de quem se exige neutralidade, entender diferentemente, mesmo já existindo processo em curso. A postura judicial, diante da pretensão acusatória formalizada, há de ser **desinteressada**, sem envolvimento, afinal, a causa **não** é sua, e sim do Ministério Público ou do querelante. A procedência, ou não, do pedido, ao final do processo, há de ser decorrência de uma atividade intelectual fria e racional, despida de carga emocional ou ideológica. Como o magistrado é, antes de tudo, um ser humano, com suas experiências, valores, ideologia e visão de mundo acumuladas ao longo da vida, e não uma tábula rasa, tamanha neutralidade beira o inexecutável. E, justamente por isso, o processo há de ser revestido de mecanismos que a potencializem, tolhendo, em contrapartida, os inexoráveis *preconceitos* ínsitos à natureza humana – varia, apenas, a intensidade. Não permitir a atuação oficiosa é, inegavelmente, um deles, dos mais importantes, aliás.

Assim, nos termos do novel §2º do art. 282 do CPP, *as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz **a requerimento das partes** ou, quando no curso da investigação criminal, **por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público** (grifo nosso). Em idêntico sentido coloca-se o novo art. 311: *Em **qualquer fase** da investigação policial ou do **processo penal**, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial** (grifo nosso).**

A Lei nº 13.964/19, nesse particular, mostra-se coerente, haja vista a regra contida no art. 3º-A do CPP, de idêntico jaez, porém voltada para as cautelares probatórias, igualmente impedindo o atuar *ex officio* do juiz - *o processo penal terá estrutura acusatória, **vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação** e a **substituição da atuação probatória do órgão de acusação** (grifo nosso).*

A interpretação sistemática desses dispositivos **aclara** o sentido de outros, igualmente alterados pela Lei nº 13.964/19, que, se lidos açodadamente, passariam a (falsa) impressão de subsistência da atuação oficiosa do juiz, em determinadas hipóteses.

O primeiro desses preceitos é o inserto no §5º do art. 282 do CPP, ao preconizar que *o juiz poderá, **de ofício** ou a pedido das partes, **revogar** a medida cautelar ou **substituí-la** quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, **se sobrevierem razões que a justifiquem** (grifo nosso). Como o dispositivo alude, *aparentemente* sem diferenciar, à revogação, substituição ou retomada da tutela cautelar pessoal, de ofício ou a pedido das partes, poder-se-ia sustentar que, embora o juiz não pudesse, na origem,*

implementar, officiosamente, medidas constrictivas libertárias , nada impediria, depois de afastá-la, retomá-la de ofício, sobrevindo motivos para tanto.

Tamanha textualidade, todavia, deságua em conclusão irracional e incoerente. Diz o §4º do art. 282 do CPP, igualmente reformado pela Lei nº 13.964/19, que, *no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código* (grifo nosso). Ora, se mesmo ante a inobservância injustificada da tutela cautelar pessoal imposta, a imposição de outras, mais gravosas, em substituição ou reforço, incluindo, em última análise, a prisão preventiva, depende de prévia provocação, o que dizer dos demais casos... Assim há de ser interpretado o §5º do art. 282 do CPP, atrelando-o aos §§2º e 4º e ao art. 311.

A referência à atuação *ex officio* contida no dispositivo restringe-se à revogação da tutela cautelar ou à sua substituição por outra, menos drástica, hipóteses nas quais o juiz não só pode, como deve, agir officiosamente, afinal, na qualidade de guardião das liberdades individuais, a sua atuação independe de prévia provocação das partes. Não se diga que tal intelecção gera *disparidade de armas*, melindrando a isonomia, porque assim prega a própria Constituição. A liberdade é a regra, tanto que o art. 5º, LX, anuncia que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (grifo nosso), vinculando a constitucionalidade de qualquer constrição libertária à competência jurisdicional. Contudo, ao cuidar do relaxamento da prisão, a Carta de 1988 dispensa a competência como pressuposto para o seu implemento, bastando satisfazer a reserva de jurisdição, ou seja, partir de órgão jurisdicional. Ao preconizar, no inciso LXV do art. 5º, em tom peremptório, que *a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*, o silêncio quanto à competência foi eloquente. Nesse sentido, já se manifestou o Pleno do STF, na ADI 4414, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 31/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 14-06-2013 PUBLIC 17-06-2013, merecendo destaque, porque autoexplicativo e didático, o seguinte trecho da ementa:

...16. O juízo incompetente pode, salvante os casos de erro grosseiro e manifesta má-fé, em hipóteses de urgência e desde que haja dúvida razoável a respeito do órgão que deve processar a causa, determinar o relaxamento de prisão ilegal, remetendo o caso, em seguida, ao juiz natural, configurando hipótese de translatio iudicii inferida do art. 5º, LXV, da Carta Magna, o qual não exige a competência da autoridade judiciária responsável pelo relaxamento, sendo certo que

**a complexidade dos critérios de divisão da competência jurisdicional não podem obstaculizar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB)...**” (grifo nosso).

Finalmente, o inciso LXVIII do art. 5º, também **imperativamente**, afirma que **conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder** (grifo nosso), presumindo o deferimento mesmo oficioso, explicitado no art. 654, §2º do CPP.

Não por acaso **toda a primeira parte do §5º do art. 282 do CPP, no qual surge a previsão de atuação *ex officio*, volta-se para a revogação da medida cautelar ou a sua substituição por outra mais branda**, não extensível, portanto, à parte final, concernente à decretação.

Todas as considerações acima, incluindo a última, de cunho topográfico, irradiam-se ao *caput* do art. 316 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/19.

O citado dispositivo sempre realçou o caráter *rebus sic stantibus* da prisão preventiva, variando a necessidade desta conforme o estágio no qual estivesse a persecução penal, daí o texto anterior à Lei nº 13.964/19 dizer que *o juiz poderá **revogar** a prisão preventiva se, **no correr do processo**, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de **novamente decretá-la**, se **sobrevierem** razões que a justifiquem* (grifo nosso). Incomodava na redação, dada pela Lei nº 5.349, de 3 de novembro de 1967, o tom **facultativo** conferido ao pronunciamento **revocatório** – *poderá* -, ao invés de **mandatório** - *revogará* ou *deverá revogar* -, afinal, se insubsistentes os fundamentos ensejadores da prisão preventiva, revogá-la é **dever**, e não mera faculdade. A inação desafia, inclusive, habeas corpus, segundo explicita o inciso IV do art. 648 do CPP - *A coação considerar-se-á **ilegal**: ...IV – quando houver **cessado** o motivo que autorizou a coação*” (grifo nosso).

Essa imprecisão foi corrigida pela Lei nº 13.964/19, ao preconizar, assertivamente, que *o juiz poderá, **de ofício** ou a pedido das partes, **revogar** a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, **verificar a falta de motivo para que ela subsista**, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem* (grifo nosso). Mais uma vez, a menção ao atuar judicial *ex officio* vem anunciada na primeira parte do preceito, ao lado da referência à revogação da prisão preventiva, **não se estendendo à segunda parte, atinente à nova implementação da custódia**, considerado o disposto no art. 311, em reforço ao asseverado no art. 282, §§2º e 4º do CPP. A interpretação sistemática e integrada desses artigos elide qualquer possibilidade de decretação oficiosa da prisão preventiva, que a leitura textual, isolada e apressada do novel *caput* do art. 316 do CPP possa sugerir.

Finalmente, mas não menos importante, indaga-se: as demais atuações cautelares *ex officio* do juiz, previstas na legislação extravagante, persistem?

Invocando-se, literalmente, o princípio da especialidade, em prol de um positivismo exacerbado e acrítico, a resposta seria **positiva, supondo eloquente o silêncio do legislador.** Contudo, definitivamente não é a melhor, nem a mais apropriada, via hermenêutica, até por nada exigir do intérprete, além da alfabetização.

O ordenamento processual penal brasileiro é um mosaico. Apesar de o Código de Processo Penal ser o eixo central, *n* temas importantíssimos vêm disciplinados em leis próprias. O legislador haveria de ter invejáveis memória e visão holística da ordem normativa pátria para, ao promover reformas adjetivas penais de cunho geral, lembrar-se de todos os dispositivos especiais correlatos aos que serão modificados. Longe de configurar silêncio proposital, não os alcançar traduz singelo esquecimento, cumprindo à doutrina e à jurisprudência a tarefa de sanar essas antinomias e suprir essas lacunas em prol da construção de um sistema normativo minimamente harmônico, coerente e linear, ao invés de transformá-lo em uma colcha de retalhos estanques e incomunicáveis entre si.

O fenômeno não é novo, haja vista a mudança na topografia do interrogatório, promovida pelas Leis nº 11.719 e 11.689, ambas de 2008, transferindo-o de primeiro para último ato instrutório nos procedimentos comum ordinário e sumário (arts. 400, *caput*, e 531 do CPP) – no sumariíssimo assim já era, *ex vi* do art. 81 da Lei nº 9099/95 -, bem como no júri, consideradas a primeira e a segunda fases (arts. 411, *caput*, e 474, *caput*, do CPP). A inovação potencializou a autodefesa e, por conseguinte, a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), porquanto, ao ser interrogado, o réu teria um panorama completo do acervo probatório coligido ao longo do processo, ajustando as declarações que viesse a prestar a tal cenário, mesmo porque precedidas das orientações da defesa técnica, com quem se entrevista, antes, pessoal e reservadamente (art. 185, §5º do CPP). Sem falsos pudores ou moralismos baratos, a depender do desenrolar da instrução, a propensão inaugural à confissão pode converter-se no silêncio, presente a produção de provas insatisfatórias à acusação, ou a, aparentemente, firme negativa de autoria de autoria convola-se em confissão, diante de uma instrução criminal absolutamente desfavorável ao réu, já pensando, *v.g.*, em utilizá-la para compensar com a reincidência patenteada nos autos. Circunscrever esse inegável avanço, em termos de ampla defesa, aos ritos comum e do júri, embora seja o primeiro aplicável subsidiariamente a todos os demais, inclusive aos previstos em lei especial (art. 394, §§2º e 5º do CPP), **violaria a vedação ao retrocesso,**

**em sede de garantias fundamentais**, como é a ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), e **desvirtuaria o princípio da especialidade, ignorando-lhe a ratio essendi**.

Com efeito, o princípio da especialidade decorre da **insuficiência** do regramento geral. A partir do momento em que a hipótese fática contemplada na norma padrão apresenta uma variante cujas peculiaridades não encontram nela equacionamento adequado, cria-se um preceito, **especificamente** voltado para a última, que, doravante, passa a prevalecer sobre o geral. Essa é a razão de ser do princípio da especialidade.

Se, entretanto, dispositivos especiais limitam-se a **reproduzir** o paradigma, **inexistente ruptura, mas reiteração**. Assim, alterado este, é natural que tais modificações compreendam todas as **reedições**, em prol de uma **linearidade sistêmica**. Pois assim, felizmente, decidiu o Pleno do STF acerca da topografia do interrogatório, realocando para o último ato instrutório mesmo em procedimentos que o posicionavam como primeiro, justamente por serem **ritos anteriores às Leis nº 11.719 e 11.689/08, que, longes de qualquer proposta diferenciada do padrão então em vigor, limitaram-se a repeti-lo. E, à época, o interrogatório inaugurava a instrução. Modificado o paradigma para melhor, presente a ampla defesa, garantia fundamental, tal evolução estende-se a todos os demais procedimentos**. Assim fez o Pleno do STF, primeiramente em relação à Lei nº 8038/**90**, revisitando o art. 7º (ações penais de competência originária dos Tribunais Superiores)<sup>35</sup>, e, depois, à Lei nº 11343/**06**, considerado o art. 57 (entorpecentes), espalhando esse entendimento aos demais ritos<sup>36</sup>. Mas, sempre, com muita resistência do STJ – malgrado tenha se curvado à orientação do STF<sup>37</sup>, prendeu-se, durante muito tempo, ao princípio da especialidade, invocando-o acriticamente<sup>38</sup>.

A Lei nº 13.964/19 reedita o fenômeno, dessa vez no âmbito das cautelares constritivas da liberdade. Em verdade, a discussão foi iniciada pela Lei nº 12.403/11, pois, ao limitar a atuação *ex officio* do juiz ao processo, eliminando-a na investigação, em virtude da redação dada aos arts. 282, §2º e 311 do CPP, estabeleceu um (aparente) conflito com regras como a do art. 20 da Lei nº 11.340/06, segundo a qual a prisão preventiva, seja incidental ou preparatória à ação penal, comporta pronunciamento *ex officio* do juiz, e a do art. 294, *caput*, da Lei nº

<sup>35</sup> AP nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/03/11, DJe de 08/06/11.

<sup>36</sup> HC nº 127.900/AM, rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/16, DJe de 03/08/16 – “...a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos **processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial**, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado...” (grifo nosso).

<sup>37</sup> RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017; HC 390.707/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017.

<sup>38</sup> HC 275.070/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 05/03/2014; HC 218.200/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/08/2012.

9503/97, a prever o mesmo no tocante às cautelares de suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH) ou proibição de obtê-la, antinômias essas há muito identificadas por nós<sup>39</sup>. A Lei nº 13.964/19 apenas as potencializou, ao eliminar a postura oficiosa do juiz também durante o processo.

A supressão dos poderes oficiosos do juiz reforça o sistema acusatório (art. 129, I, da CRFB/88) e, por consequência, a imparcialidade judicial, traduzindo outro avanço em sede de garantias fundamentais, a ser estimulado, ao invés de tolhido, em apreço à vedação ao retrocesso. Os dispositivos acima, de 2006 e 1997, respectivamente, limitaram-se a replicar o paradigma então vigente, versado no art. 311 do CPP – oficiosidade da prisão preventiva, independentemente da etapa persecutória. Modificado este, primeiro para suprimir o atuar judicial *ex officio* na investigação (Lei nº 12.403/11), e, depois, para extirpá-lo de vez, inclusive no processo (Lei nº 13.964/19), é inexorável estender essas mudanças no padrão aos dispositivos que o repetiram. Assim, também nos universos da violência doméstica ou familiar contra a mulher e dos crimes de trânsito, incluindo o art. 278-A, §2º, cuja redação remonta à Lei nº 13.804, de 10 de janeiro de 2019, **anterior** à Lei nº 13.964/19, **não mais subsiste a atuação ex officio do juiz**, seja no processo ou na investigação.

A resistência à inovação e à sua amplitude será enorme, similar à verificada na mudança topográfica do interrogatório.

No caso específico da Lei nº 11.340/06, invocar-se-ão o princípio da proibição à proteção deficiente, somado aos compromissos convencionais assumidos pelo Brasil, além do art. 4º da Lei Maria da Penha - *na interpretação desta Lei, **serão considerados os fins sociais a que ela se destina** e, **especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar*** (grifo nosso) – para, em reforço ao princípio da especialidade, conservar, intocado, o art. 20. Eliminar, de todo, a atuação *ex officio* do juiz, igualmente no âmbito da violência doméstica ou familiar contra a mulher, em nada fragiliza a proteção estatal às vítimas de identidade de gênero feminino, porque inexistente, no País, capilaridade superior à policial, logo, verificada, na investigação, a necessidade da prisão preventiva, basta ao delegado representar ao juiz competente, nos moldes do art. 311 do CPP. E, incidentalmente ao processo, ainda que o Ministério Público não o faça, a ofendida, enquanto assistente de acusação e destinatária direta da tutela, poderá fazê-lo, forte no mesmo dispositivo legal.

Já no universo dos crimes de trânsito, aduz-se, em prol da manutenção do *status quo* normativo, o art. 278-A do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), pois a Lei nº 13.804, de 10 de

---

<sup>39</sup> SANTOS, Marcos Paulo Dutra, O Novo Processo Penal Cautelar, Salvador, Editora Jus Podivm, 2011, pp. 32/35.

janeiro de **2019**, ao preconizar, no *caput*, que *o condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos, anunciando, no §2º, que, no caso do condutor preso em flagrante na prática dos crimes de que trata o caput deste artigo, **poderá o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal**, se houver necessidade para a garantia da ordem pública, como medida cautelar, **de ofício**, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, **decretar**, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (grifo nosso), **desautoriza a incidência da Lei nº 12.403/11, porque lhe é posterior, reafirmando a permissão à atuação oficiosa do juiz na investigação e no processo, incluindo a prevista no art. 294, cabeça, originária de 1997 - em qualquer fase da investigação ou da ação penal**, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, **poderá o juiz**, como medida cautelar, **de ofício**, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, **decretar**, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (grifo nosso). Diante dessa linha argumentativa, abeberar-se no princípio da especialidade faria todo o sentido.*

Sem embargo, a Lei nº 13.964/19 é **posterior** à Lei nº 13.804/19. A última reproduziu, no §2º do art. 278-A do CTB, o padrão contido no art. 294, cabeça, que, por sua vez, é reedição do existente em 1997, quando inexistiam limites à atuação oficiosa do juiz, fosse na investigação ou no processo, haja vista o então art. 311 do CPP. Rompido este paradigma pela Lei nº 13.964/19, suprimindo de vez qualquer atuar *ex officio* do juiz no âmbito das medidas cautelares pessoais – e a suspensão da CNH ou a proibição de obtê-la impactam no direito ambulatorial, senão para impedir a circulação, mas para dificultá-la – irradia-se a quebra paradigmática aos dispositivos que nele se basearam.

Apesar da suspensão cautelar da eficácia do art. 3º-A do CPP pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.305, extensível às de nº 6.298, 6.299 e 6.300 - reveladora, aliás, de **patente erro material**, motivado pela topografia, porque, embora situado sob a epígrafe do juiz das garantias, **não versa sobre o tema** -, o dispositivo escancara a preocupação do legislador em dar um basta à atuação *ex officio* do juiz para além das medidas cautelares pessoais. Isso porque, após repetir o contido no art. 129, I da CRFB/88 - *o processo*

penal terá estrutura acusatória -, diz estarem vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Nessa esteira, pelas mesmas razões apresentadas acima, o atuar cautelar probatório oficioso do juiz, contemplado no CPP e na legislação extravagante, torna-se insubsistente. Exemplo emblemático disso extrai-se na Lei nº 9296/96: embora o art. 3º, original de 1996, autorize o juiz a implementar, *ex officio*, a interceptação telefônica, seja preparatória ou incidental à ação penal, a Lei nº 13.964/19, ao introduzir, no art. 8º-A, a captação ambiental, rompe com essa sistemática, condicionando-a à representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, sem reeditar a possibilidade de atuação oficiosa. O silêncio a respeito é eloquente pela inadmissibilidade da oficiosidade, partindo da premissa de que o citado art. 3º tampouco teria resistido ao novel art. 3º-A do CPP, afinal, do contrário, a Lei nº 9296/96 passaria a abrigar o seguinte contrassenso: a interceptação telefônica persistiria oficiosa, enquanto a ambiental, não. Irracionalidades como esta carecem de decote, e não de endosso.

Finalmente, a Lei nº 13.964/19 calou-se em relação às medidas cautelares reais. Embora haja promovido mudanças no capítulo do CPP a elas dedicado, vide arts. 122, 124-A, 133 e 133-A, conservou incólume o art. 127, original de 1941, segundo o qual *o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa* (grifo nosso). Justamente por ter alterado parcialmente o capítulo do Código reservado às medidas assecuratórias, o silêncio quanto ao art. 127 seria eloquente, e não mero esquecimento, a justificar a invocação do princípio da especialidade. Por essa intelecção, outros dispositivos persistiriam intocados, como o art. 4º, cabeça, da Lei nº 9613/98 (lavagem de capitais), com redação dada pela Lei nº 12.683/12 - *o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes* (grifo nosso).

A prevalecer tal compreensão, o processo penal cautelar notabilizar-se-ia pela heterogeneidade: depurado à luz do sistema acusatório, quando versasse sobre provas e constrições libertárias; inquisitivo, em se tratando de restrições patrimoniais, em razão da oficiosidade judicial. Inexistindo lógica por detrás dessa (aparente) distinção, e sendo as reminiscências inquisitórias (*ex officio*) anteriores à Lei nº 13.964/19, encontram-se pela

própria abarcadas, garantindo uma uniformidade de tratamento. Inaceitável, doravante, é o atuar de ofício do juiz, incluindo as tutelas cautelares reais.

## **CONCLUSÃO:**

1. A indisfarçável natureza cautelar da prisão preventiva conduz à inconstitucionalidade das vedações liminares, em abstrato, à liberdade provisória, bem como da execução provisória da pena, mesmo quando provier do Tribunal do Júri, por ser a soberania dos veredictos garantia primordial do acusado, sendo ilógico invocá-la em seu desfavor.

2. A Lei nº 13.964/19, apesar dos inúmeros defeitos e incongruências internas, alinhou-se ao art. 129, I, da CRFB/88 na concretização de um processo penal genuinamente acusatório. A eliminação explícita da atuação *ex officio* do juiz em sede cautelar pessoal e probatória irradia-se para as cautelares reais, extirpando toda e qualquer previsão de oficiosidade judicial ainda existente na legislação, incluindo a extravagante.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada, in Temas de Direito Processual, Terceira Série, São Paulo, Saraiva, 1984.

CÂMARA, Alexandre Freitas, Lições de Direito Processual Civil, vol. I. 5ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 10ª edição, São Paulo, Malheiros Editores.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, Recursos no Processo Penal, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio, Eficácia e Autoridade da Sentença, trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

PORTO, Hermínio Alberto Marques, Júri, 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2005.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra, in Ações Constitucionais Impugnativas no Processo Penal, in O Projeto do Novo Código de Processo Penal, coord. Leonardo Barreto Moreira Alves e Fábio Roque Araújo, Salvador, Editora Jus Podivm, 2012.

\_\_\_\_\_, O Novo Processo Penal Cautelar, Salvador, Editora Jus Podivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. IV, 25ª edição, São Paulo, 2003.