

A inconstitucionalidade da imediata execução da pena em decorrência de decisão condenatória no Tribunal do Júri

Bárbara Sousa Melo^{*}

Igor Alves Noberto Soares^{**}

Lucas Moreira Coutinho^{***}

Sumário

Introdução – 1. Contornos da decisão no contexto da processualidade democrática: um diálogo necessário – 2. Execução provisória da pena: notas introdutórias a partir das decisões dos tribunais superiores – 3. A imediata execução da decisão condenatória proferida pelo conselho de sentença: limitações a partir da presunção de inocência: 3.1 A execução provisória da pena nos termos da Lei n. 13.964, de 2019 – Conclusão – Referências.

Introdução

Na contemporaneidade em crise, os múltiplos discursos para a maximização da tutela penal tomam o cerne das ações do Estado, que, sustentados pela falseada sensação de prevenção à criminalidade por meio do encarceramento em massa, motivará o uso da jurisprudência e da norma para mitigar determinados direitos fundamentais.

Um desses discursos leva em consideração a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória, antes do trânsito em julgado, como suposta medida de justiça criminal. Ressalta-se que, na compreensão democrática, a expressão mais adequada seria execução antecipada da pena

– e não execução provisória da pena, já que a provisoriedade é percebida temporalmente com o cumprimento em concreto da sanção penal, que não retorna ao *status quo*.

Contudo, usar-se-á, em alguns pontos, a denominação imediata execução da pena para tratar do instituto e sua aplicação ao Tribunal do Júri, com vistas à mudança trazida pela inovação legislativa, a fim de evitar equívocos terminológicos.

Diante disso, o objeto do presente trabalho concentra enfrentamento sobre a inconstitucionalidade do art. 3º do Lei n. 13.964, de 2019, naquilo que alterou o art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, a fim de permitir a imediata execução da pena superior a quinze anos nos procedimentos do Tribunal do Júri.

No primeiro tópico, foram demonstrados os diálogos entre a decisão e o devido processo, que, nessa toada, sustentará a processualidade democrática. A partir dessa perspectiva, é necessário resgatar a leitura constitucionalmente adequada dos atos do Estado-Judiciário, limitada nos direitos e garantias processuais, com a visão do processo enquanto garantia de direitos fundamentais, jamais como instrumento subserviente à jurisdição.

No segundo tópico, foram analisadas as decisões dos tribunais superiores acerca da possibilidade da execução provisória da pena. Assim, abriu-se discussão no tocante à extensão das decisões sobre a matéria, bem como abarcado o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de impedir a execução da sentença penal condenatória antes do seu trânsito em julgado.

Por fim, o último tópico apresenta as renovações trazidas pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também conhecida como Pacote Anticrime, e suas consequências ao procedimento do Tribunal do Júri. Ao prever a possibilidade de imediata execução da pena de reclusão superior a quinze anos nas condenações proferidas pelo Conselho de Sentença, tal legislação acabou por criar situação diversa daquela prevista na Constituição da República de 1988, que determina o trânsito em julgado para a exigibilidade da sentença penal condenatória, e, portanto, flagrantemente inconstitucional.

1. Contornos da decisão no contexto da processualidade democrática: um diálogo necessário

É válido demarcar, antes de qualquer iniciativa, a necessária discussão sobre a decisão judicial na esteira da processualidade democrática, assim entendida, no ordenamento jurídico brasileiro, o momento pós-Constituição da República de 1988, que não só representou a inauguração de um sistema acusatório como também projetou o chamado modelo constitucional de processo.

Para Flaviane de Magalhães Barros (2009b, p. 335), é perceptível, a partir da ordem constitucional vigente, a criação de uma “base principiológica uníssona”, que servirá de norte ao exercício das atividades processuais pelos sujeitos a elas vinculados. Decerto, essa base uníssona traz em si a processualidade democrática que efetivará os direitos fundamentais e o direito de participação de todos os sujeitos na formação da decisão que os afetará.

Nessa perspectiva, Leonardo Augusto Marinho Marques (2016, p. 47) destaca a percepção de um microssistema aplicável à persecução penal, igualmente baseada no modelo constitucional de processo, que “precisa se expandir para absorver alguns princípios, como a presunção de não culpabilidade e o princípio acusatório [...]. Preserva-se, assim, a ideia de um esquema geral extraído da Constituição, que permite conceber o processo como garantia”.

Com o advento do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, sustentado enquanto projeto político a partir da Constituição da República de 1988, não há mais espaço para pensar o processo como instituição subserviente à jurisdição estatal, muito menos tratá-lo como mero instrumento do Estado para legitimar a sua suposta ação de dizer o direito.

Para além disso, o processo somente se legitima na processualidade democrática enquanto espaço dialético e democrático para a formação de uma decisão compartilhada pelos sujeitos processuais (NUNES, 2009). Por isso, não há mais a possibilidade de perceber a decisão judicial como fruto exclusivo da vontade do agente público julgador, muito menos como local apartado da mesma base principiológica constitucional que, amalgamada às garantias processuais, sustenta a processualidade democrática.

Nessa esteira, há de se concordar com a necessidade de abandonar “a matriz da relação jurídica e a lógica da instrumentalidade” que, inclusive, sustenta justamente o fim de uma relação que “transforma o processo em instrumento por meio do qual ele decide, solitariamente, conforme sua convicção pessoal”, o que não encontra guarida em realidade democraticamente erigida (MARQUES, 2016, p. 48-49).

Essa base principiológica, por sua vez, traz tal modelo constitucional de processo, revestido da processualidade democrática, a partir dos princípios da ampla argumentação, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e do terceiro imparcial (BARROS, 2009b). Ainda, é possível indicar outras garantias retiradas do cerne da ordem constitucional, aplicáveis ao microsistema do Direito Processual Penal de forma integrada, entre elas a publicidade, a presunção de inocência e o direito ao silêncio, do qual se extrai a garantia de não autoincriminação.

Decerto, tais garantias possibilitam o controle da racionalidade decisória, obstem o solipsismo judicial e garantem a comparticipação dos sujeitos processuais na decisão que lhes afetará. Entre todas, é necessário revisitar, nesse espaço, três delas: a ampla argumentação, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos decisórios que, entre si, impedem o instrumentalismo judicial e as agressões endoprocedimentais contra a pessoa investigada ou acusada.

A ampla argumentação, percebida como a adequada nomeação da ampla defesa, deve ser sustentada a partir de um efetivo exercício do direito da argumentação, da qual se pressupõe a autodefesa e a defesa técnica, não vislumbrada somente a partir da nomeação de um advogado ou advogada (GIACOMOLLI, 2016). Com base nessa principiologia, é necessário vislumbrar a ampla argumentação a partir do direito de defesa técnica e o exercício da autodefesa, sobretudo nos momentos em que a pessoa investigada ou acusada é ouvida diante dos órgãos estatais, a fim de infirmar, em tese, os argumentos capazes de conduzir à prolação da decisão.

Além disso, extrai-se por meio da ampla argumentação a garantia da interposição recursal contra as decisões judiciais, conforme lido no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, e a irrestrita produção da prova, em contraditório, de modo a sustentar as alegações. Ainda que não seja possível pensar na inversão do ônus da prova em matéria criminal,

retirando das mãos do titular da Ação Penal o dever de sustentar os termos da denúncia ou da queixa, por exemplo, temas como a investigação defensiva atingem o núcleo de uma persecução penal em consonância com a Constituição da República de 1988.

Se a ampla defesa se sustenta a partir da ampla argumentação, o contraditório é a oportunidade, no procedimento, de contradizer o que é produzido pelos demais sujeitos processuais. Para Nereu Giacomolli (2016), o contraditório traz em si a ciência bilateral dos atos procedimentais manifestados pela garantia da ampla argumentação, e, assim, surge o direito de resposta e a possibilidade de contrapor as teses suscitadas diante do juízo competente.

Dessa perspectiva, o contraditório não é mera formalidade, mas somente se adéqua à processualidade democrática quando é notado por duas garantias, quais sejam, a influência e a não surpresa (NUNES, 2009). Nesse sentido, contraditório é a oportunidade de levantar a antítese quanto às teses formuladas pelos sujeitos processuais, modo pelo qual deve influenciar a decisão do magistrado, sob pena de sua nulidade.

Em continuidade, o contraditório deve influenciar a decisão de tal maneira, em suma, que não é possível eleger tese e antítese não apresentadas pelas partes no exercício da ampla argumentação. Por isso, institutos como a *emendatio libelli*, a *mutatio libelli* e a condenação ante o pedido absolutório pelo Ministério Público não encontram adequação ao paradigma jurídico-constitucional erigido a partir da Constituição da República de 1988.

Por sua vez, a fundamentação das decisões é outro requisito de validade dos pronunciamentos decisórios proferidos pelo Estado-Judiciário. Antes de tudo, fundamentar é expor os motivos da prolação da decisão que se sustenta na racionalidade advinda da norma democrática e da valoração do resultado probatório, hipótese pela qual, compartilhado entre os sujeitos processuais, vinculará o julgador (SOARES, 2016).

No sistema processual penal, é preciso entender a necessidade de adoção de sistemática similar àquela percebida no art. 489, § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil, no qual não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo que, em tese, são capazes de infirmar a decisão adotada pelo julgador. Na

processualidade democrática, a decisão deve ser entendida na esteira da manifestação das partes, e, por isso, as questões deduzidas pelas partes devem ser resolvidas, pelo julgador, nos limites da decisão compartilhada.

Por fim, a garantia de julgamento diante de um terceiro imparcial toma o cerne da persecução penal pós-Lava Jato, operação deflagrada pela Polícia Federal do Paraná que, mais adiante, provocaria o Estado-Judiciário a proferir inúmeras decisões condenatórias discutíveis do ponto de vista jurídico-processual. A garantia do terceiro imparcial indica a necessidade de equidistância do agente julgador do objeto da ação penal, seja em relação à pessoa acusada ou à situação processual, que o impede de julgar quando ameaçada a sua atividade decisória sem interesses.

Outro requisito de validade, a garantia do terceiro imparcial, traduzida também como imparcialidade, impedirá o exercício da arbitrariedade que, em si, poderá favorecer determinada parte em detrimento da outra (GIACOMOLLI, 2016). É importante entender que o conceito de imparcialidade não se confunde com neutralidade, pois todos os sujeitos processuais possuem suas pré-compreensões acerca do fato em análise, mas tal atributo não pode conduzir os ditames da decisão.

Para resguardar a imparcialidade do agente julgador, o legislador determinou as chamadas regras de impedimento e suspeição. O primeiro instituto, de cunho objetivo, está descrito no art. 252 do Código de Processo Penal, enquanto o segundo encontra tutela no art. 254 do Código de Processo Penal. Essa sistemática acompanhará todos os atos processuais, sem exceção, e garantirá a validade dos pronunciamentos decisórios na tramitação procedimental. Nessa toada, qualquer decisão proferida de maneira apartada dessa base principiológica contraria a processualidade democrática e a ordem constitucional vigente desde 1988, o que, por sua vez, invalida o próprio procedimento.

2. Execução provisória da pena: notas introdutórias a partir das decisões dos tribunais superiores

Inicialmente, importa trazer breve retrospectiva do posicionamento e respectivos argumentos do Supremo Tribunal Federal acerca da execução antecipada da pena, de modo geral, a partir do instituto do controle de-constitucionalidade.

Em novembro de 2019, a discussão acerca da execução antecipada da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória voltou a ganhar grande destaque pelo Supremo Tribunal Federal, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54.

Nessa oportunidade, firmou-se o entendimento de que o cumprimento da pena privativa de liberdade somente pode ter início com o esgotamento de todos os recursos, seja pela desistência, renúncia ou impossibilidade do exercício do direito ao recurso, tendo em vista a compatibilidade do art. 283 Código de Processo Penal com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, que traduz a garantia da presunção de inocência.

Segundo a Suprema Corte, tal medida não ofenderia a garantia constitucional da presunção de inocência, o núcleo essencial da garantia da não culpabilidade e o art. 283 do Código de Processo Penal, sendo também necessário equilibrar o referido princípio à efetividade da justiça penal.

Essa decisão representa uma nova mudança no entendimento da Corte sobre o tema. Isso porque, até fevereiro de 2009, o Tribunal entendia que era possível a execução provisória da pena. Nesse sentido, caso o réu tivesse sido condenado e fosse interposto recurso especial ou recurso extraordinário, esses não obstavam o início da reprimenda.

A partir de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG (BRASIL, 2009), a Corte passou a ter o entendimento de que o recurso interposto pela defesa contra decisão condenatória seria recebido com efeito suspensivo e devolutivo, o que não permitiria a execução antecipada da pena, em razão de não haver o trânsito em julgado da sentença. Além disso, tal construção geraria importante movimento garantista no Congresso Nacional, sobretudo com a aprovação da Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 que, em suma, alterou os procedimentos atinentes às medidas cautelares, no Processo Penal, apresentado renovado contorno à dinâmica para decretação da prisão preventiva e da imposição de outras limitações processuais.

Em 2016, contrariando o entendimento jurisprudencial até então consolidado, o Supremo Tribunal Federal adotou a possibilidade da execução provisória da pena quando proferido acórdão condenatório em sede de apelação, ainda que sujeito a reexame pelas instâncias superiores,

uma vez que esses recursos não possuem efeito suspensivo, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matérias de direito.

No que concerne ao Tribunal do Júri, seguindo a mesma posição contraditória da execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal também apresentou mudança de direcionamento a partir de 2016, quando permitiu o cumprimento imediato da pena após condenação do plenário, dada a pressuposta natureza democrática do Tribunal do Júri no julgamento dos crimes contra a vida e a soberania dos votos proferidos por seus jurados. São, assim, os precedentes: decisão monocrática no *Habeas Corpus* n. 147.957/RS, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de 23 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017a); decisão monocrática no *Habeas Corpus* n. 148.720/AL, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, de 31 de outubro de 2017 (BRASIL, 2017b); decisão monocrática no *Habeas Corpus* n. 145.496/RS, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, de 5 de outubro de 2017 (BRASIL, 2017c).

Nesse sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.770/SP (BRASIL, 2017d), fixou a seguinte tese: ainda que sujeita a recurso, a prisão do réu em virtude de decisão proferida no Tribunal do Júri não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Em setembro de 2019, em sede de medida cautelar, no *Habeas Corpus* n. 174759/CE (BRASIL, 2019a), sob relatoria do Ministro Celso de Mello, houve a concessão da ordem para suspender a execução provisória da pena, assegurando o direito do acusado de responder em liberdade o julgamento do recurso de apelação. Conforme entendimento do decano, os precedentes do Supremo Tribunal Federal que autorizam a execução antecipada não se aplicam às sentenças do Tribunal do Júri, por se tratar de condenação recorável proferida por órgão de primeira instância.

Ademais, arguiu-se que a “cláusula constitucional inerente ao pronunciamento soberano do júri não o transforma em manifestação decisória intangível” (BRASIL, 2019a). Nesse mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, por decisão do ministro Jorge Mussi, no *Habeas Corpus* n. 540.578/MT (BRASIL, 2019b), entendeu pela impossibilidade do cumprimento imediato da pena provisória, tendo em

vista que a decisão do Tribunal do Júri não é prontamente exequível, estando essa reprimenda condicionada ao exaurimento da jurisdição ordinária.

Esse hibridismo hermenêutico, ocasionado pela mudança constante de entendimento por parte dos Tribunais Superiores, acarreta esvaziamento e violação da garantia da presunção de inocência e, do mesmo modo, injustificada insegurança jurídica que não coaduna com a ordem constitucional vigente. A visão restrita da soberania dos veredictos, somada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, é um dos argumentos de política criminal para viabilizar a execução antecipada da pena por decisão de órgão de primeira instância.

3. A imediata execução da decisão condenatória proferida pelo conselho de sentença: limitações a partir da presunção de inocência

Ao se analisar a organicidade da norma jurídica, levando em conta o art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República de 1988, tem-se que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que deixa constantes dúvidas aos mais desavisados quanto aos limites hermenêuticos.

Constata-se que a literalidade do preceito dispõe que a culpa é pressuposto necessário para a aplicação da sanção penal, sendo que a responsabilidade jurídico-penal ocorre apenas com o escoreito questionamento das questões levadas à apreciação do Estado-Judiciário. A preposição prescritiva da norma não abre campo para controvérsias semânticas. Isso porque a Constituição da República de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no ordenamento jurídico, sobretudo no que toca à privação da liberdade anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, a regra é perquirir a responsabilidade jurídico-penal a partir dos atos da persecução penal, que somente se legitima na processualidade democrática. A exceção ocorre em situações individualizadas, por meio das medidas cautelares processuais, por exemplo, as prisões preventivas e as cautelares diversas da prisão. Dessa forma, o postulado constitucional da presunção de inocência dispõe uma regra de tratamento ao sujeito acusado,

que impede os órgãos estatais de agir para além do comando normativo, evitando, por isso, o arbítrio e a mitigação das garantias fundamentais.

A controvérsia jurídica consiste na abrangência da presunção de inocência, de forma mais específica, no momento a partir do qual a pessoa condenada pode ser conduzida à imediata submissão da prisão penal, ou seja, aquela que decorre de pronunciamento decisório após o devido processo. Contudo, é preciso entender a presunção de inocência na realidade procedimental e, por isso, revisitar sua extensão semântica na esteira de um sistema que considere as garantias processuais.

Conforme explica Geraldo Prado (2015), a presunção de inocência é cláusula pétrea, com previsão constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, e orientará todos os atos procedimentais da persecução penal. Dessa feita, a ordem constitucional vigente afastou-se dos sistemas de controle social do delito, algo típico da sociedade da maximização do discurso penal, para considerar a culpabilidade enquanto instituto jurídico vinculado à regra da presunção de inocência.

Para Nereu Giacomolli (2016, p. 121), “a regra da presunção de inocência exige justificativa da prática de qualquer ato, processual ou não, que induza antecipação de um juízo de censurabilidade”. Isso significa dizer, ainda, que “qualquer restrição ao sujeito pauta-se pela sua legalidade e justificção fática e jurídica, com suficiência constitucional e convencional”.

Se a presunção de inocência é garantia constitucionalizada, esse instituto ainda viabilizará também o exercício do direito de defesa, seja a defesa técnica ou a autodefesa, bem como a garantia de não culpabilidade. Como afirmado anteriormente, essa nota também implicará a fixação do ônus da prova exclusivamente aos que sustentam a acusação, seja o Ministério Público ou o querelante, restando vedada a obrigação de sustentar o dever de provar ao acusado, no exercício da ampla argumentação.

Para Fauzi Hassan Choukr (2017), é com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que a garantia da presunção de inocência é quebrada. Antes disso, todas as restrições de liberdade somente se justificariam a partir das medidas cautelares, com devida fundamentação quanto à imposição da restrição de liberdade, jamais por antecipado cumprimento da reprimenda.

Há uma discussão, iniciada ainda na Teoria do Direito, sobre a natureza da presunção da inocência, se constituída como mero princípio ou se vincularia o julgador diante do caso concreto. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 45), o gênero norma jurídica pode ser compreendido em duas espécies, quais sejam, as regras e os princípios.

Nessa perspectiva, os critérios de diferenciação entre regras e princípios teriam por base a “estrutura dos direitos que essas normas garantem”, ou seja, a natureza da presunção de inocência não teria condão para vislumbrar-se como princípio, tendo em vista sua robustez constitucional como garantia fundamental. É por meio da garantia da presunção de inocência que outros direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada são sustentados na persecução penal, e, por isso, sua sistematicidade o caracteriza para além da teoria dos princípios.

Essa discussão é infundável e encontra legitimidade na aplicação ou não da presunção de inocência na análise do caso concreto. Se pensada como princípio, a técnica da ponderação (ALEXY, 2011) acabaria por afastar a aplicação da presunção de inocência. Por outro lado, perceber a presunção de inocência como regra, devidamente sustentada como cláusula pétrea, tem o efeito de não afastá-la *in casu*, pois a ordem constitucional reservou lugar especial na sua incidência, no cerne dos direitos e garantias fundamentais, o que não comporta sua inaplicabilidade no caso concreto.

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, em voto do Ministro Luís Roberto Barroso, entendeu que a “presunção de inocência é princípio (e não regra), e como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes”. Dessa forma, o julgador entendeu possível a execução provisória da pena, pois, diante da soberania dos vereditos, “o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar” (BRASIL, 2017d).

Por isso, o comando normativo da presunção de inocência, também de matriz constitucional, deve ser lido como regra que, no caso concreto, aplica-se por constituir-se direito fundamental, sendo, desse modo, cláusula pétrea. Não é necessário qualquer giro hermenêutico para entender a literalidade da norma constitucional que, amalgamada ao art. 283 do Código

de Processo Penal, reveste a epistêmica opção pela presunção de inocência enquanto regra e, logo, aplicável.

Em resumo, somente é possível falar em culpa após o transcurso inteiro do processo penal e transformação da decisão condenatória em irrecorrível e, portanto, impassível de reforma. Assim, o trânsito em julgado, que resguarda em si a presunção de inocência, é o marco para exigir o conteúdo da decisão, modo em que, diante da sentença penal condenatória, é o momento pelo qual a prisão penal pode ser exigida, com a imposição da sanção correspondente à pessoa condenada.

Ainda, é curioso o fechamento de parte da jurisprudência, inclusive dos tribunais superiores, quanto ao cumprimento da pena restritiva de direitos, o que leva a crer que tal proposta destoa da base sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, com as suas propostas garantistas.

3.1 A execução provisória da pena nos termos da Lei n. 13.964, de 2019

A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, reveste a atual percepção dos órgãos estatais quanto ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal no Brasil, já que ajustados a partir da vontade política dos governos de matriz neoliberal. Nessa toada, reformas pontuais são projetadas, a fim de satisfazer os interesses para a expansão do Direito Penal e de uma sociedade baseada no controle social que, ademais, expulsa os indesejados do convívio (WERMUTH, 2011).

Esse problema não é jurídico, apesar de encontrar na esfera da norma o seu repouso. A expansão do Direito Penal, na sociedade neoliberal do controle social, é um problema de Estado, de modo que, ao definir os estabelecidos e os *outsiders* (ELIAS; SCOTSON, 2000), trouxe para o cerne dos órgãos estatais o exercício do poder econômico.

Por isso, coube ao ordenamento, enquanto ferramenta do poder simbólico (BOURDIEU, 1989), sustentar as apreensões político-sociais acerca da possível impunidade do sistema baseado nos direitos fundamentais e, assim, expandir para a proteção dos bens jurídicos patrimoniais a maximização dos tipos penais e a retomada do punitivismo – inclusive incentivada por grupos religiosos.

Há um discurso antropológico de maximização da tutela penal também nos pronunciamentos do Estado-Judiciário. Assim, ao absorver os anseios sociais, tais pronunciamentos decisórios promovem política criminal no espaço procedimental da persecução penal, o que não coaduna com a processualidade democrática.

O Estado-Judiciário, se não desvencilhar-se dessa proposta, repete sua função de *superego* da sociedade, já que, em Ingeborg Maus (2000, p. 187), um questionamento ressoa da conformidade constitucional dos atos estatais: “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído”? Se assumida a reforma populista das legislações, sem um debate profícuo com a comunidade afetada pela norma penal e processual penal, incorreríamos no risco de retomar ao ativismo judicial e ao subterfúgio da lei.

Por essa razão, é preciso ir além das reformas pontuais, de base pragmática, que acabam por manter intocável a matriz inquisitória do Código de Processo Penal (BARROS, 2009a). A urgente necessidade de constitucionalização da persecução penal, no Brasil, requer o compromisso de refutar a legislação contemporaneamente inadequada à processualidade democrática, erigida com a Constituição da República de 1988.

A Lei n. 13.964, de 2019, é fruto de um movimento político iniciado na assunção de Sérgio Moro, ex-Juiz Federal da Operação Lava-Jato, ao Ministério da Justiça. Em 4 de fevereiro de 2019, houve a publicização de um anteprojeto de lei com o fim de modificar determinadas legislações vigentes no Brasil (IBCCRIM, 2019). Tal proposta alterou, basicamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Interceptação Telefônica, a Lei de Lavagem de Capitais, o Estatuto do Desarmamento, a Lei de Tóxicos e a Lei de Organizações Criminosas, entre outras.

No Código de Processo Penal, uma das alterações mais sensíveis encontra guarida na obrigação, ao magistrado, de determinar a execução provisória da pena nos casos de condenação igual ou superior a quinze anos de reclusão. Na leitura das atualizações do *Pacote Anticrime*, seu art. 3º altera o art. 492, inciso I, alínea “e”, do Código de Processo Penal, com as seguintes diretrizes: em caso de condenação, o magistrado “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”.

Nesse contexto, a execução provisória de sentença penal condenatória proferida nos procedimentos típicos do Tribunal do Júri, ainda sujeita à revisão pela reforma da decisão válida ou pela cassação da *decisum* por nulidade, revela-se frontalmente incompatível com o texto constitucional.

Ao que parece, tal inserção no texto legal encontra substrato na maximização da jurisprudência anteriormente colacionada. Ademais, deixou-se conduzir por perspectiva punitivista, ou seja, a reforma simplesmente trouxe ao Código de Processo Penal o posicionamento da jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores acerca da condenação no Tribunal do Júri, sem apresentar maiores questionamentos.

É duvidosa, ainda, a opção por basear-se tão somente na jurisprudência atinente ao Tribunal do Júri, sem questionar o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, aqui já exposto, sobre a impossibilidade de execução provisória da pena. Essa gênese, também afirmada, tem por base a *chamada soberania dos veredictos*, que precisa ver revisitada epistemologicamente.

A decisão coletiva dos jurados não pode ser modificada em seu mérito por tribunal, mas apenas por outro Conselho de Sentença, quando o primeiro for de forma manifesta contrário às provas que foram formuladas no curso do processo. A soberania do júri diferencia-se da soberania dos veredictos. A primeira diz respeito à impossibilidade de outro órgão do poder judiciário substituir a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. A segunda, por sua vez, relaciona-se aos votos em si e à impossibilidade de o juiz proferir sentença diversa da decisão dos jurados.

Um dos principais argumentos daqueles que defendem a execução provisória da pena após decisão do Tribunal do Júri é justamente a sua soberania e a dos veredictos. Nessa perspectiva, alude o Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2019c) que, “nas condenações pelo Tribunal do Júri, sequer é necessário aguardar o julgamento de recurso em segundo grau

de jurisdição, até porque o Júri é soberano e, conseqüentemente, o Tribunal de Justiça não tem como substituir a decisão do Júri [...]. Portanto, diante do princípio da soberania do Tribunal do Júri, o meu entendimento [...] é de que a condenação pelo Tribunal do Júri já significa a possibilidade de execução da pena”.

Porém, conforme ensina José Frederico Marques (2001), a soberania não pode ser confundida com a onipotência insensata e sem freios, estando assentado atualmente que a soberania dos veredictos e do júri consiste também em garantia do acusado, podendo ceder diante de possível norma que vise garantir direitos de defesa e liberdade. Na mesma maneira, quando o constituinte destacou a soberania dos veredictos, simplesmente quis traduzir, constitucionalmente, a impossibilidade de outro órgão substituir o Conselho de Sentença na análise fática do caso concreto (SOARES, 2016).

Nesse sentido, a competência do Tribunal do Júri não confere a esse órgão especial um poder ilimitado e incontestável, modo que, tratando-se de uma garantia individual, a soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional.

O argumento relacionado de que, em razão da soberania, os tribunais não podem substituir a decisão do júri popular, nos limites previstos na legislação processual, remonta ao modelo de processo inquisitorial, contrariamente à processualidade democrática pautada na concretização de direitos fundamentais.

A soberania, constitucionalmente prevista para os julgamentos que são realizados no procedimento especial do Tribunal do Júri, não pode servir para justificar a prisão após decisão popular, uma vez que representa justamente uma garantia individual do acusado em ser julgado por seus pares, fomentando assim a participação popular na construção da justiça e desconstruindo as amarras de um poder judiciário tirânico.

A Constituição da República de 1988, ao erigir o projeto político do Estado Democrático de Direito, consagra determinadas garantias fundamentais que afastam, *in casu*, a possibilidade de supressão dos direitos. Na persecução penal, não há espaço para juízos políticos que tentam justificar, na esteira do procedimento, a satisfação das vontades

oficiais e populares para a redução da criminalidade ou da sensação de impunidade.

Se assim querem agir, satisfazendo a legítima sensação popular de impunidade e medo, que não o façam pela maximização do discurso penal, muito menos ofendendo a base principiológica constitucional da processualidade democrática, mas através de políticas públicas para reduzir as desigualdades sociais, tratar as indulgências humanas e minimizar os efeitos da sociedade do capital.

Conclusão

Diante da análise realizada, apresentam-se como conclusões, com a escoreita possibilidade de refutação crítica:

1. No decorrer da história, dois sistemas processuais mostraram-se latentes, quais sejam, o sistema acusatório e o sistema inquisitório. No primeiro, o acusado é visualizado como sujeito de direitos, com garantias processuais bem definidas, além da divisão dos órgãos de acusação e julgamento, a publicidade e oralidade dos atos procedimentais e a gestão participada sobre a valoração da prova, por exemplo. No segundo, marcado pela irracionalidade, o acusado é objeto do processo e, por isso, não possui garantias processuais, além de prescrever procedimentos sigilosos, sem direito de defesa, cuja base mostrou-se na confusão entre os órgãos de acusação e de julgamento, por exemplo.

2. Com o advento da Constituição da República de 1988, o sistema acusatório é nota a se destacar, mas é devido sustentar que o projeto político do Estado Democrático de Direito criou a chamada processualidade democrática. Com isso, para além de um sistema acusatório, o processo é sustentado como instituição de garantia dos direitos fundamentais, por meio das garantias processuais, que rompem com a possibilidade do solipsismo judicial e se esmeram na participação da decisão judicial, junto aos sujeitos processuais, quanto ao conteúdo que lhes afetará.

3. Houve um giro hermenêutico, na jurisprudência dos tribunais superiores, no sentido de admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade em segunda instância e, em controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal inadmitiu tal possibilidade, sob argumento de que o art. 283 do Código de Processo Penal encontra assento na disposição

constitucional da presunção de inocência, consoante o art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988.

4. Nessa perspectiva, a presunção de inocência, garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República de 1988, não é mero princípio, mas regra jurídica que deve ser aplicada indistintamente aos casos concretos. Diante disso, ela é o instituto que limitará o exercício das funções estatais, com destaque para os pronunciamentos decisórios do Estado-Judiciário, que não poderão impor restrição de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

5. O trânsito em julgado, nessa toada, é o instituto processual que permitirá a exigibilidade da decisão, em sua inteireza, e legitimará a imposição da sanção penal prevista em sentença condenatória. Antes disso, a execução provisória da sentença penal condenatória, cuja nomenclatura adequada seria execução antecipada, mostra-se inadequada ao ordenamento jurídico vigente, com destaque para a ordem constitucional erigida com a Constituição da República de 1988.

6. A Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, promoveu sensíveis renovações no Código Penal e no Código de Processo Penal, e entre elas incluiu a alínea “e” no art. 492, inciso I, do Código de Processo Penal. A partir disso, as condenações proferidas no procedimento do Tribunal do Júri, pena de reclusão igual ou maior que quinze anos, serão imediatamente cumpridas. Tal proposta é sustentada pela própria jurisprudência sobre a matéria, que, ademais, corresponde ao pressuposto anseio popular pela repressão à criminalidade.

7. A inovação trazida pelo Pacote Anticrime, no tocante à possibilidade de cumprimento imediato da reprimenda igual ou superior a quinze anos no Tribunal do Júri, é inconstitucional e não encontra justificativa processual. Sua contrariedade à base de garantias formadas desde a promulgação da Constituição da República de 1988 só tem um sustento, qual seja, reforçar a entrega do Estado aos discursos de maximização da tutela penal, do controle social e do punitivismo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROS, Flaviane Magalhães de Barros. *(Re) forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/08*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. p. 331-345.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: *Vade Mecum Penal*. 2. ed. São Paulo: Ridel, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Publicado no DOU de 24.12.2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26.03.2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 540.578/MT. Relator: Ministro Jorge Mussi. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 out. 2019b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jorge-mussi-afasta-execucao-pena.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 118.770. Relator: Ministro Marco Aurélio e redator do acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 7 mar. 2017d. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 140.449/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio e redator do acórdão o Ministro Roberto Barroso. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º fev. 2019c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748979180>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 145.496/RS. Relator: Ministra Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 out. 2017c. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>. Acesso em: 4 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 147.957/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 nov. 2017a. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313364529&ext=.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 148.720/AL. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 31 out. 2017b. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313197701&ext=.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 174.759/CE. Relator: Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 20 set. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC174759decisao.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 out. 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários e crítica jurisprudencial*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Tradução de Vera Ribeiro e apresentação de Federico Neiburg. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Editorial: o embrulho de Moro. *Boletim 318 – Especial Pacote Anticrime*, ano 27,

maio/2019.

MARQUES, José Frederico. *O júri: estudos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O modelo constitucional de processo e o eixo estrutural da processualidade democrática. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 2, n. 1, p. 43-45, 2016.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. *Boletim do IBCCrim*, n. 227, dez. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Igor Alves Noberto. *O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social. *Revista da Faculdade de Direito da UFU*, v. 39, n. 1, 2011.

* Bacharel em Direito e Pós-Graduanda em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Sócia do Melo e Pereira Altoé Sociedade de Advogados.

** Mestre em Direito Processual (Bolsista CAPES) e Bacharel em Direito (Bolsista ProUni) pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni – UniDoctum. Membro das Comissões de Direitos Humanos e de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, do Instituto de Ciências Penais e da Pastoral Carcerária da Igreja Católica Apostólica Romana. Professor Universitário. Lecionou nos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da PUC Minas e das Faculdades Pitágoras – Campus Divinópolis. Advogado.

*** Bacharel em Direito e Pós-Graduando em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aspirante da reserva do Exército Brasileiro, formado no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Belo Horizonte. Advogado.