



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações internacionais
Curso de Direito – FADIR

JULIANA MICHELLE DOS SANTOS SILVA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
NO TRIBUNAL DO JÚRI**

DOURADOS-MS

2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

JULIANA MICHELLE DOS SANTOS SILVA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA
NO TRIBUNAL DO JÚRI**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, na área de concentração de Processo Penal, sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler.

DOURADOS-MS

Abril/2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S586(Silva, Juliana Michelle Dos Santos
A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO
TRIBUNAL DO JÚRI [recurso eletrônico] / Juliana Michelle Dos Santos Silva. -- 2022.
Arquivo em formato pdf.

Orientador: Gustavo de Souza Prussler.
TCC (Graduação em Direito)-Universidade Federal da Grande Dourados, 2021.
Disponível no Repositório Institucional da UFGD em:
<https://portal.ufgd.edu.br/setor/biblioteca/repositorio>

1. Execução provisória no Tribunal do Júri. 2. Inconstitucionalidade. 3. Processo Penal
Constitucional. 4. Soberania dos Veredictos. I. Prussler, Gustavo De Souza. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(s) autor(s).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte e oito do mês de abril de 2021, realizou-se em sessão pública e remota, embasada na Resolução nº 04, de 02 de fevereiro de 2021, a defesa de trabalho de conclusão de curso da aluna **Juliana Michelle dos Santos Silva**, tendo como título “A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI”, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Federal da Grande Dourados.

O orientador abaixo assinado atesta que o Dr. Alarte Antonio Martelli Contini (examinador) e a Mestranda Brena Lohane Monteiro (examinadora) participaram de forma remota desta defesa de Trabalho de Conclusão de Curso.

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado aprovado.

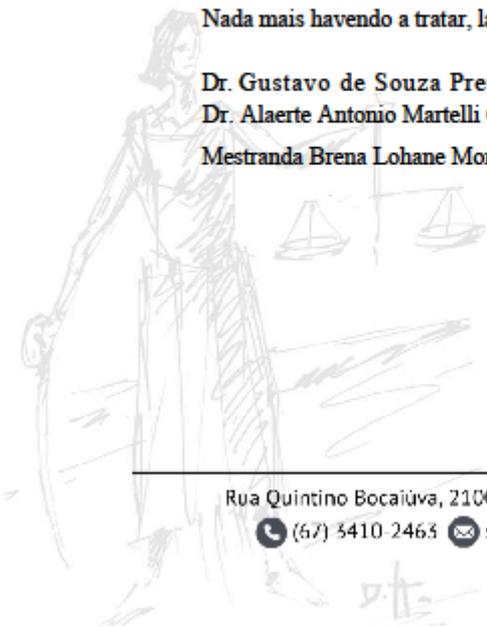
Observações:

Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente ata, que vai assinada pelo orientador.

Dr. Gustavo de Souza Preussler (orientador) _____

Dr. Alarte Antonio Martelli Contini (examinador) - Participação Remota

Mestranda Brena Lohane Monteiro (examinadora) - Participação Remota



*Dedico este trabalho ao meu sobrinho,
Davi Lima dos Santos.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de registrar meus agradecimentos com fidedignidade à minha trajetória. Principalmente, por ser o encerramento de um ciclo, que, vale o registro, foi um dos melhores em que vivenciei. O crescimento fora tanto de ordem profissional, como pessoal. Dessa forma, dedicarei algumas linhas a tal finalidade.

Inicialmente, gostaria de registrar que as forças superiores me conduziram ao melhor caminho, com as melhores pessoas, mais bem intencionadas possíveis, pessoas que acreditaram no meu potencial e sempre quiseram meu bem, fazendo com que eu sentisse o grau mais alto do sentimento de amor e bondade humana, cada um de seu modo. Aqui cito alguns que foram os mais próximos, obviamente que há muitos outros que mesmo de longe, contribuíram de alguma forma.

Quanto aos familiares, minha mãe, Fabiana, a quem, me ensinou a viver mediante obstáculos, assim, como meu pai, Fabio, que, sempre esteve comigo, longe ou perto, sempre me orientando a viver da melhor forma possível, com muito amor, credibilidade e respeito. Aos meus avós, Sueli e Claudemir, que me receberam com todo amor do mundo, sempre me cuidando e tratando como se filha fosse, inclusive, me adotando informalmente, por determinado período, o amor de vocês sempre foram meu ponto de fortalecimento. Agradeço a todo meu núcleo familiar, que não é pequeno, e para não se estender e nem criar atritos, gostaria de agradecer a todos de forma geral.

Quanto aos professores, de verdade, sou extremamente grata a cada um que se passou por minha caminhada estudantil até aqui. Mas existiram alguns que foram decisivos e se tornaram inspiração na medida de sua maior capacidade intelectual e pessoal, os quais tenho sinceras considerações. Cito, Juliana Cari, Daniel Cari, Viviane Bonfim, Jessica Rodrigues, Luana Barbieiro, Matheus Marques, Enio Ribeiro, Camila Leite, Adriana Penzo, Darcisio Moraes e Ricardo Nogueira (ensino médio). Gustavo Preussler, Gassen Gebara, Roberto Fernandes, Hassan Haj, Thaisa Held, Janaína Ohlweiler e Alaerte Contini (ensino superior). E todos aqueles que de alguma forma contribuíram para minha formação cívica e intelectual, mas se valendo da fala de Cecília Meirelles: “há pessoas que simplesmente aparecem em nossas vidas e nos marcam para sempre”, e os citados acima foram essas pessoas.

Quanto aos amigos, sinceramente, me recuso a escrever todos que tiveram o grau máximo de compreensão pela minha constante ausência, não deixando a amizade se esvaír em virtude da ausência física. Mas gostaria de deixar registrado uma amiga de vida – irmã afetiva – Amanda Coutinho, minha revisora textual no transcorrer acadêmico, a qual, acredito ter

contribuído de forma satisfativa a todo meu desenvolvimento e me concedido um apoio emocional.

Quanto ao orientador, no particular, reservo algumas linhas a mais para agradecer imensamente por todo apoio e paciência durante a construção deste trabalho, realmente, meu Trabalho de Conclusão de Curso não teria saído da forma que imaginei, caso não tivesse arriscado e enfrentado uma das matérias que considero ser a mais pesada da faculdade de direito, embora, muitos tenham grande facilidade na área criminal, não foi meu caso. Mas com a ajuda de mestres tudo se torna mais fácil, como disse Albert Einstein: “a mente que se abre a uma nova ideia, jamais voltará ao tamanho original”. Obrigada professor Gustavo pelos belos ensinamentos e por inspirar minha mente com seu tom provocativo, nunca mais será a mesma.

Para encerrar, agradeço pela grande oportunidade social de ter feito parte da universidade pública, por isso, como forma de retribuição, espero desempenhar um bom serviço público após o encerramento desse ciclo.

Esses são meus sinceros agradecimentos!!!

“Não é com a severidade das penas que se combate ou extingue a criminalidade. Se assim fosse, bastava estabelecer a pena de morte que os crimes desapareceriam com a só ameaça de sua aplicação”.

Evandro Lins e Silva

LISTA DE ABREVIATURAS

ART – Artigo

AP – Apelação

ADI – Ação direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação declaratória de Constitucionalidade

ARE - Agravo em Recurso Extraordinário

CF – Constituição Federal

CR – Constituição da República

CFR – Constituição Federal da República

CPP – Código de Processo Penal

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

HC – Habeas Corpus

IDDD – Instituto do Direito de Defesa

REL – Relatoria

RE – Recurso Extraordinário

RO – Recurso Ordinário

MC – Medida Cautelar

MIN – Ministro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

RESUMO

A presente monografia visa provocar na comunidade jurídica reflexão e discussão, sem obviamente esgotá-las, concernente à execução provisória da pena no tribunal do júri, cujas penas sejam superiores a 15 anos, autorizada pelo o Código de Processo Penal com a nova redação do art. 492, inciso I, alínea “e” e §3º, §4º, e §5º, introduzidos pela lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Para mais, busca evidenciar se há colisão de caráter principiológico, através de um olhar constitucionalizado do Processo Penal, a fim de esclarecer a hipótese de inconstitucionalidade da tese vinculado ao dispositivo supramencionado. A pesquisa faz uso da metodologia de análises documentais, revisões de narrativas, e das motivações dos votos – até a presente data – proferidos no Recurso Extraordinário n° 1.235.340/SC, que, por sua vez, questiona a primazia do princípio da Soberania dos Vereditos frente a execução antecipada da pena no Júri e, conseqüentemente, afeta o objeto em análise, qual seja, o art. 492, inciso I, alínea “e” e §3º, §4º, e §5º.

Palavras Chaves: Execução provisória no Tribunal do Júri. Inconstitucionalidade. Processo Penal Constitucional. Soberania dos Vereditos.

ABSTRACT

This monograph aims to arouse reflection and discussion in the juridical community, without obviously exhausting them, concerning the provisional execution of the sentence in the Trial by Jury, whose penalties are over 15 years, authorized by the Criminal Procedure Code with the new redaction of article 492, item I, subheading “e” and §3º, §4º and §5º, introduced by law 13.964/2019 (Pack Anti-crime). Furthermore, seeks to evidence if there is the collision of a principiological character, through a constitutionalized view of the Criminal Procedure, in order to clarify the hypothesis of unconstitutionality of the thesis linked to the above-mentioned device. The research makes use of documentary analysis methodology, narrative reviews, and the motivations of the votes - to the present date - pronounced in the Extraordinary Appeal n° 1.235.340/SC, which, in turn, questions the primacy of the principle of the Sovereignty of Verdicts over the early execution of the sentence in the Jury, consequently, affects the object under analysis, that is, the article 492, item I, subheading “e” and §3º, §4º and §5º.

Keywords: Provisional execution in the Trial by Jury. Unconstitutionality. Constitutional Criminal Procedure. Sovereignty of Verdicts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: LINHAS INTRODUTÓRIAS	13
1.1 GARANTIAS MÍNIMAS PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO..	17
1.2 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS: MEIOS DE CONTROLE.....	20
1.3 A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MOMENTOS DE CRISE.....	22
2. INSTITUIÇÃO DO JÚRI – GARANTIA CONSTITUCIONAL?	26
2.1 CASO EMBLEMÁTICO: O CASO DOS IRMÃOS NAVES.....	27
2.2 INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL NO JÚRI (ART. 5º XXXVIII, ALÍNEAS A, B, C E D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988).....	29
A) DA PLENITUDE DE DEFESA.....	33
B) DO SIGILO DAS VOTAÇÕES	35
C) DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS	36
D) DA COMPETÊNCIA PARA OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA	40
3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI.....	40
3.1 ACRÉSCIMO NO ART. 492 DO CPP, I, ALÍNEA “E” PELA LEI 13.964/2019 – ENDURECIMENTO DAS PENAS PELO PACOTE “ANTICRIME”	41
3.2 LEADING CASE: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O HC 118.770/SP	42
3.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ARTIGO 5º, LVII DA CF/88).....	50
3.4 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – DIREITO A REVISÃO CRIMINAL – (ARTIGO 5º, LV DA CF-88 E ARTIGO 8.2.H DA CADH)	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Em tempos de instabilidade institucional e crise política, o sistema democrático é posto em xeque, refletindo diretamente no direito penal e processo penal, que por sua vez, são ramos do direito que lidam diretamente com a liberdade dos indivíduos. No direito penal vê-se o aumento de penas e intensificação da criminalização de condutas, enquanto na seara processual verifica-se um intenso anseio coletivo pela supressão ou/e relativização dos direitos e garantias constitucionais pela punição sem o mínimo de direitos; o direito processual penal volta a ser entendido como apenas instrumento de aplicação da lei penal, não mais um garantidor da aplicação justa ou/e garantidora da lei penal.

A presente pesquisa gira em torno da hipótese: “é constitucional ou inconstitucional executar a pena no júri após a prolação da sentença pelo conselho de sentença?” Se sim, quais são os fundamentos, se não, quais os motivos da inconstitucionalidade.

Para tanto, a pesquisa se desenvolveu a partir da metodologia de revisão bibliográfica, com a literatura estritamente constitucionalizada do processo penal. Processo esse que, para tornar legítimo o *ius puniendi* do Estado, é necessário que se observe os direitos e garantias processuais descritos na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais em que o Brasil é signatário.

No capítulo I, será demonstrado a forma de se racionalizar o processo penal a partir da constituição federal de 1988, com os direitos e garantias expostos na carta republicana, assim como chama-se para reflexão a dificuldade de aplicação dessas normas garantidoras em momentos de crises políticas ideológicas, como no estado atual (2016-2021).

No capítulo II, apresenta-se um caso paradigmático do que se busca hoje fazer do Tribunal do Júri com a tese de antecipação da pena, retrocedendo a um período autoritário da história brasileira. Indo além, analisa-se superficialmente a codificação da instituição do júri desde seu nascedouro na história brasileira, assim como, suas oscilações existenciais entre 1822 a 1988, por fim, conclui-se pela garantia constitucional do Tribunal Popular e suas garantias decorrentes: a) plenitude da defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A ênfase sem dúvida, é na soberania dos veredictos, instituto que sustentam ter primazia em relação a presunção de inocência no tribunal do júri, matéria debatida no HC 118.770/SP e em andamento no RE 1.234.340/SC.

No capítulo III, tem-se o núcleo do debate, neste momento, descreve-se problema. Parte-se o art. 492, I, 'e', § 3º, §4º e §5º acrescido no CPP pelo Pacote Anticrime. Em seguida, passa-se a análise do caso principal (HC 118.770/SP), que levou ao Recurso Extraordinário 1.234.340/SC ao plenário do STF, com repercussão geral reconhecida, para discutir: “A soberania dos veredictos autoriza a prisão imediata do acusado, após prolação da sentença pelo tribunal do júri?”.

A discussão aparentemente tende a privilegiar uma resposta jurídica mais correta possível ao caso. Ocorre que, muitas vezes, decisões judiciais não são cercadas por critérios exatos de decisão, e, conseqüentemente, podem incorrer em erros gravíssimos atentando contra a própria vontade do constituinte originário.

Acreditando ser a presunção de inocência o pilar estruturante do sistema de justiça acusatório, no qual, a constituição foi clara ao aderir, através da separação entre julgador (juiz), acusador (Ministérios Público) e defensor (advogado público ou particular); chama a atenção a forma como as Cortes Constitucionais lidam com determinados princípios em períodos de crise política. Segundo AURY LOPES, citando a doutrina de J. Goldschmidt¹: “uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista. Contudo, uma Constituição democrática, como a brasileira de 1988, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo”.

Por isso, a análise feita dos institutos, embora breve, foi justamente no intuito de chamar os interessados a examinar a presunção de inocência e o direito ao duplo pronunciamento como postulados históricos e humanitários que determinam a forma como o Estado trata seus indivíduos. Assim como, não se deixando isolar aos fatos nocivos que circulam em torno das garantias fundamentais afetando diretamente o processo penal (tópico 1.3).

A relevância da discussão pode ser observada em diversas dimensões, dentre elas, a mais preocupante é a superlotação carcerária. A princípio, o sistema penitenciário brasileiro — declarado pelo STF como um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucionais (ADPF 347²) —, ocupa o 3º lugar com a maior população carcerária, perdendo apenas para os Estados Unidos e

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 6ª ed., - São Paulo: Saraiva, 2020, p. 35.

² Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>, acesso em 28 de outubro de 2020.

China³. Além disso, 34,7 % dos presos, são provisórios⁴, ou seja, sem condenação definitiva, em decorrência do mau uso da prisão preventiva. Essas constatações, dão respaldo a ineficácia da política punitivista consolidada no sistema criminal brasileiro desde 1940. Não restando mais espaços para a pretensão de tolher direitos e garantias fundamentais em nome da eficácia penal; principalmente, pelo poder judiciário.

Dessa maneira, a pretensão da execução provisória no Tribunal do Júri, reergue as bases inquisitoriais do processo penal, e fomenta uma piora visível ao se promulgar pelo encarceramento antes do trânsito em julgado da prisão-pena. Com isso, o debate a respeito da inconstitucionalidade ou não da execução da pena no Tribunal do Júri transcende a órbita processualística e deve ser encarado como um fenômeno social.

³Cf. The World Prison Brief: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, acesso em 28 de outubro de 2020.

⁴ Disponível: https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27, — World Pre-trial/Remand Imprisonment List — 4th edition, p. 2.

1. PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL: Linhas Introdutórias

Pensar o Direito Processual Penal de forma constitucional, significa reconhecer direitos e garantias fundamentais como condições necessárias para o exercício do poder punitivo estatal. Processualmente, essas condições são manifestadas através das garantias dos indivíduos desde a acusação até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em resposta ao período autoritário que se antecedia, a Constituição da República de 1988 se insurgiu contra a tradição política autoritária e arbitrária, trazendo inúmeros direitos e garantias que até então eram ignorados. Melhor esclarecendo, por conta dos vários ataques a liberdade, a vida, e a segurança dos indivíduos no decorrer do período ditatorial, o constituinte achou por bem elencar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em relação ao estado, para mais, alargando o rol de garantias determinou em seu artigo 5º, §2 que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou **dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**”

Não só, a CR de 1988, inaugurou o Estado Democrático de Direito, no qual segundo LENIO STRECK⁵,

“Com o advento do Estado Democrático de Direito, toda a teoria jurídica necessita de uma adequação a esse novo modo (modelo) de produção de direito. **Rompendo com a perspectiva de o Direito ser ordenador (modo/modelo de produção liberal-individualista normativista), passa-se a perceber/entender o Direito como promovedor (Estado Social) e transformador (Estado Democrático de Direito). Avançando sobre as perspectivas de Estado e de Direito vigentes até então, o Estado Democrático de Direito nasce com uma perspectiva criadora, como um autêntico *plus* normativo em relação ao Estado Social e ao Estado Liberal, isto porque traz em seu âmago, isto é, no texto da Constituição de cunho dirigente e social, não somente as promessas da modernidade (não-cumpridas), mas as próprias possibilidades de estas serem realizadas.**” “Grifo Nosso”

Com efeito, foram elencados princípios basilares do Processo Penal Constitucional, dentre eles, o que, a prima facie considera-se o núcleo assecuratório das demais garantias: o devido processo legal.

O *due process of law*, esteve entabulado na Magna Charta Libertatum de 1215, sob o império do Rei João Sem Terra, onde constava o seguinte postulado: “art. 39. Nenhum homem livre será apreendido ou aprisionado, ou destituído de seus direitos ou posses, ou feito foragido

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4º ed. ver. e mod. Livraria do Advogado. 2001, pg. 21.

da lei ou exilado, ou privado de sua posição em qualquer modo, nem procederemos com força contra ele, ou enviaremos outros para o fazê-lo, exceto de acordo com o legal (válido) julgamento de seus pares ou de acordo com a lei do território”. “**Grifo Nosso**”

Esta garantia, voltando a sua origem histórica, era destinada aos poucos nobres privilegiados da época, a quem a carta foi inicialmente destinada. Basicamente, o princípio cedia a garantia que nenhum homem poderia ter seus direitos suprimidos ou limitados pelo monarca, sem que obedecesse às leis e aos procedimentos previstos na Magna Carta.

Alguns juristas pátrios buscam explicar o conceito do *due process of law* hoje como garantia explícita no art. 5º, LIV da CFR/88, o Professor GUSTAVO BADARÓ,⁶ define que “o princípio do devido processo, em seu aspecto processual, é um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. De modo que, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais defluiriam.”

Ainda lembra o Professor, que, em recente julgado⁷ o STF decidiu que a garantia do *due process of law*, abrange alguns elementos essenciais, dentre os quais temos: **a)** direito ao processo; **b)** direito de ser presumido inocente e, em consequência, julgado de eventual sentença penal condenatória; **b)** direito ao contraditório;

Na mesma linha de raciocínio, discorre NEREU GIACOMOLLI⁸,

“O constituinte de 1988, conforme o art. 5o, LIV, exige que ninguém seja privado de liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal. Trata-se de uma cláusula inserida em nosso ordenamento jurídico como guarda-chuva, sob a qual se abrigam direitos, garantias, princípios, regras, valores, deveres e proibições, catalogadas e implícitas, abarcando a esfera interna e internacional (art. 5o, § 2o, da CF)**. Portanto, o nível constitucional normatiza, delimita e exige o processo devido. Como base principiológica da qual emanam todos os princípios e garantias constitucionais (princípio-garantia), **o devido processo fornece um modelo constitucional de processo penal**. A justificação no devido processo constitucional e por ele se dá, ademais de sua concretude, em sua integralidade, ou seja, considerando todo o manancial constitucional e convencional dele decorrente. Por isso, irradia a sua materialização de forma contextual, integral e global, abarcando os seus consectários explícitos (ampla defesa, v. g.) e implícitos (*in dubio pro reo*, v. g.). “**Grifo Nosso**”

A visão do Processo Penal constitucionalizado, impede que determinadas normas visivelmente inconstitucionais propostas pelo Poder Legislativo e decisões de juízes contrárias

⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105876> , Acesso em 14/04/2020.

⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 95.

aos preceitos constitucionais não passem despercebidos. Além de que, a interpretação constitucional está basicamente consolidada em todos ramos do direito. Mas qual a dificuldade do Código de Processo penal em se adaptar a constituição?

O Código de Processo Penal, historicamente tratando da temática, nasce por um decreto-lei imposto por Getúlio Vargas durante a ditadura do Estado Novo, inspirado no Código de Processo Penal Italiano (Código Rocco) produzido em 1930, e em pleno regime fascista do ditador Benito Mussolini, na Itália; em outras palavras, o CPP brasileiro nasce sobre bases visivelmente autoritárias.

Na contramão, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que trouxe como seu pilar a dignidade da pessoa humana, o direito processual penal teve que iniciar uma drástica modificação legislativa, obviamente, com muita resistência dos juristas conservadores da época, como diz EUGENIO PACELLI⁹, “se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta”.

Embora no passar dos tempos, a codificação processual penal, contou com inúmeras modificações legislativas para ajustá-lo à Constituição de 1988 – “minirreformas” – a alma autoritária permanece. A título de exemplo, em 2003, 15 anos após a promulgação da constituição, temos o reconhecimento pelo CPP, ao direito de silêncio do réu sem que isso seja interpretado contra ele, na linha oposta que constava na redação original do art. 186 do CPP de 1941, “o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, ao mesmo tempo em que na Constituição da República, no art. 5º, inciso LXIII, se assegurava o direito a não autoincriminação, repare: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Outro exemplo, é a reforma de 2008¹⁰, se deu a mudança estrutural do interrogatório do réu, que passou a ser no final do procedimento. Considera-se uma mudança adequada e lógica pois, primeiro a pessoa acusada tem conhecimento de todo conjunto probatório dos fatos imputados para somente, ter possibilidade, desta forma, de exercer o pleno exercício da

⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p.6. 9788597023763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>. Acesso em: 04 Aug 2020.

¹⁰ RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 677-702, dez. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200012&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 20 agosto. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000200012>.

autodefesa em juízo. E por fim, em 2011, tem-se o advento das medidas cautelares alternativas à prisão e a revogação do art. 595, no qual, determinava a desconsideração da apelação caso o réu não se recolhesse a prisão (Cf. Súmula 393 do STF), dentre outras modificações.

Nesse seguimento, analisando descompasso do Código de Processo penal com a Constituição, pontua EUGENIO PACELLI¹¹,

“Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF)”.

Posto isto, respondendo à pergunta acima, o Código de Processo Penal, traz consigo a mácula autoritária. Devendo sempre ser analisado frente à receptividade constitucional, sob pena de aplicação de normas contrárias a constituição. (Trataremos em tópico específico a respeito da constitucionalidade das normas e seus meios de defesa).

Melhor dizendo, é unânime que o Código de Processo Penal deve ser observado frente a norma fundante (Constituição Federal), nas palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER¹²: “é inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional”, porém, um grande empecilho, para mais do que uma reforma integral tardia, é a mentalidade inquisitória, nas palavras de JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar¹³”.

Sabidamente, a alteração do sistema interpretativo na mentalidade de quem aplica o direito não é tarefa das mais acessíveis. Por isso, embora o povo não exerça a soberania popular diretamente elegendo os ministros da suprema corte e os juízes em instâncias inferiores – ingressos na carreira por indicação do Presidente da República, art. 101, parágrafo único da CF, e por meio de concurso de provas e títulos, art. 37, inciso II da CF, respectivamente –; a escolha pelos constituintes o fazem soberano na sua vontade originária, devendo o STF estar atento aos mandamentos constitucionais e não se vinculando a vontade da maioria, pois sua função como Corte Constitucional é contramajoritária, haja vista que soaria estranho o constituinte deixar sua própria vontade ser usurpada por um órgão que ele mesmo o outorgou a função de zelar.

¹¹ Cf. PACELLI, *Curso*, op., cit., pg. 5.

¹² CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 78.

¹³ <https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>, acesso em 03/08/2020.

Por essa razão, é dever da Suprema Corte Federal e todos os demais juízes zelar pelo respeito a constituição, ampliando seu sentido e nunca restringido, no sentido de deixar de considerar direitos em prol de argumentos evidentemente políticos e contrários a vontade do legislador primário. Sendo a constituição norma essencial de um Estado, ou melhor norma suprema, é dever dos zeladores que toda legislação infraconstitucional seja analisada de acordo com a vontade do constituinte originário. Principalmente, as garantias relativas ao processo penal, que mais do que instrumento para aplicação do direito material, é um garantidor de liberdades.

1.1 Garantias mínimas para um Processo Penal Democrático

O Processo Penal está comprometido com o Estado Democrático de Direito, ele é mais do que um instrumento para aplicação do Direito Penal. De forma que, ainda que tenhamos um direito penal do inimigo¹⁴ o processo penal deve se encarregar de lhe garantir um julgamento justo, como meio de efetivação do devido processo legal, basicamente, o direito de punir do Estado não é auto executável, mas de coação indireta, pois necessita *do due process of law*. Dessa forma carrega consigo garantias a nível constitucional e outros decorrente de outros tratados internacionais em que o Brasil faz parte.

AURY LOPES JUNIOR¹⁵ faz uma reflexão interessante ao abrir o capítulo de seu livro no tópico das garantias mínimas no processo penal, ele evidencia a imprescindibilidade da interpretação constitucional do Processo Penal de forma didática,

“[...] pensamos ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas. Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas. Ou ainda, pensamos o processo penal desde seu inegável sofrimento, a partir de uma lógica de redução de danos. Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal.”

¹⁴ Según JAKOBS, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de-corno es lo habitual- retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. (Günther Jakobs, *Derecho Penal del Enemigo*, ed. 2003, p. 77)

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo. Editora Saraiva, 2019, p. 64.

Lista-se os dispositivos constitucionais que garantem o processo penal constitucional constante do art. 5º, inciso III da Constituição Federal: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção; XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude da defesa, b) o sigilo das votações, c) a soberania dos veredictos e d) a competência para o julgamento dos crimes contra a vida; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes; LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI – 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; LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXV – ninguém será levado a prisão ou nela mantida, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; dentre outras garantias não menos importante; LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Esse respaldo interno não é exclusivo, visto que temos um Sistema Internacional de Proteção dos direitos do Homem, cujo o Brasil aderiu através da incorporação dos tratados¹⁶ no direito interno. É importante lembrar dos tratados em que o Brasil faz parte e exercer um júízo de convencionalidade das normas domésticas. Já que, eles ostentam status supralegal (aprovados antes da emenda constitucional nº 45), alguns tendo até status de emenda, no caso de aprovação pelo rito do art. 5º, § 3º da CR e, por consequência, se sobrepondo a legislação ordinária. (Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil e etc). Nos dizeres de AURY LOPES,

“A luta é pela superação do preconceito em relação a eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais, a medida em que

¹⁶ O termo “tratado” é um termo genérico usado para incluir as convenções, os acordos internacionais, os protocolos, entre outros.

a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) goza de caráter supralegal, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias (como CP e CPP). Portanto, é uma dupla conformidade que devem guardar as leis ordinárias: com a Constituição e com a CADH. Esse é o desafio”.

Está menção necessita ser explorada, pois as temáticas nos fazem percorrer pelos caminhos estruturais da universalização e internacionalização dos direitos mínimos do homem no que tange as garantias processuais penais, que se fez necessário a fim de assegurar um processo justo perante a sociedade civilizada.

Com o advento dos diplomas que deram norte ao direito internacional do homem, os estados passaram a ser obrigados – desde que signatários das convenções – a respeitar direitos que são assegurados por meio de cartas internacionais, não podendo se eximir de tal responsabilidade alegando direito interno. Nas palavras de FLÁVIA PIOVESAN¹⁷,

“Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, restrito ao domínio reservado do Estado, decorrência de sua soberania, autonomia e liberdade. Aos poucos, emerge a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de Direito Internacional. A partir dessa perspectiva, começa a se consolidar a capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional.

Observe que, tanto o direito interno, quanto o direito internacional, busca conter a possibilidade do arbítrio estatal em relação a seus indivíduos, de forma que, elenca direitos aos cidadãos. Segundo GIACOMOLLI¹⁸,

“Ao ser celebrado um tratado internacional, o Brasil assume um compromisso internacional de adaptar as suas leis (obrigação positiva) ao pactuado e de não editar leis contrárias ao acordado (obrigação negativa). Caso os tratados internacionais ocupassem o mesmo grau hierárquico das leis ordinárias, seria possível que no dia seguinte à integração de um tratado ao nosso ordenamento jurídico (celebração, ratificação e incorporação) houvesse uma lei em sentido oposto. No âmbito criminal, a situação se apresenta de forma clara e objetiva: a convencionalidade internacional prepondera sobre as regras internas do CP e do CPP. É o que se infere do art. 1º, I, do CPP (“o processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados os tratados, as convenções e regras de direito internacional”).”

Posto que, o modelo do processo penal constitucional, é nada mais que o tornar o mínimo humanitário a justiça criminal. Por isso, na perspectiva do devido processo legal, todas

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

¹⁸ GIACOMOLLI, José Nereu., *O Devido Processo Penal*, 3ª edição. Grupo GEN, 2016, pg. 17. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 10 Sep 2020.

garantias tanto no âmbito interno quanto externo fazem parte do “bloco de constitucionalidade” e devem ser assegurados a todos processados.

1.2 Normas infraconstitucionais inconstitucionais: meios de controle

Como trataremos do suposto status inconstitucional de uma norma dentro do atual sistema jurídico, é mister que se faz um breve apanhado do que são normas constitucionais e infraconstitucionais, quais são seus conteúdos, qual a razão de ser da norma constitucional ou de um texto normativo, as normas constitucionais podem ser contrariadas pelas infraconstitucionais?, princípios são normas constitucionais?, há ponderação entre uma norma constitucional e uma lei infraconstitucional contrária a princípios constitucionais? Essas indagações são relevantes, pois de acordo com Otto Bachof¹⁹

“un más amplio concepto de Constitución, a través de la inclusión del derecho metapositivo, se evoca, aunque de manera bastante cauta, en una sentencia del VGH de Baden-Württemberg de 13 de noviembre de 1950¹⁴. El citado Tribunal mantiene que una norma constitucional puede posiblemente contravenir el derecho metapositivo que el constituyente ha positivado en cierta medida a través del reconocimiento de derechos fundamentales inviolables e intangibles, declarándolo con ello parte integrante del “orden constitucional”. Además, afirma que puede quedar sin resolver si una concreta norma constitucional contraria al así positivado derecho metapositivo puede ser caracterizada como “inconstitucional” y si también, en caso afirmativo, resulta competente el Tribunal Constitucional para la decisión sobre la existencia de una contradicción tal.”

Como se introduziu acima essas serão alguns questionamentos e reflexões relevantes que embasaram a pesquisa. Por isso, necessário se faz buscar responder de forma sucinta tais abordagens.

Primeiramente, a discussão em relação a normas constitucionais não tinha muita relevância para o positivismo jurídico, foi justamente com sua crise que surgiu o debate após a II Guerra Mundial, passando a considerar todas normas constitucionais como normas jurídicas e não meras proclamações políticas, inclusive os princípios, que são mais vagos e abstratos.

Hoje, é predominante na doutrina constitucional a relevância da forma normativa dos princípios, que muitas vezes são levados pelo intérprete como superiores aos próprios regramentos.

¹⁹ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* 2ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2008.

Por sua vez, a norma constitucional – que muitas vezes é utilizada pelo senso comum teórico dos juristas²⁰ para indicar qualquer norma dentro da constituição – traz consigo uma diferença importante para sua identificação técnica. Posto que, a norma constitucional não se confunde com seu texto.

Melhor esclarecendo, enquanto o texto, dispositivo ou enunciado normativo é algo que se interpreta, a norma é o produto dessa interpretação. De modo que, um determinado dispositivo se pode extrair diversas normas constitucionais, como exemplo, tem-se a cláusula do devido processo legal, a qual abarca o direito a defesa, a não aceitação de provas obtidas ilicitamente, direito a revisão sentencial e etc;. Ou seja, o texto é o que está escrito, a norma é o sentido empregado levando em consideração a realidade social e o momento em que a norma irá incidir.

As principais características das normas constitucionais segundo DANIEL SARMENTO²¹ são: a) supremacia em relação às infraconstitucionais; b) detém proteção de mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade; c) grau elevado de abstração e vagueza (registra-se que não é característica apenas da legislação constitucional, embora apareça com mais frequência e intensidade); d) redução semântica, o que causa uma maior plasticidade da constituição, podendo se adaptar à nova realidade mais facilmente, porém, o preço a se pagar é a insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões.

Não se pretende aqui exaurir todas controvérsias que giram em torno das normas constitucionais, embora, sejam de suma importância saber distinguir suas formas de aplicações e classificações, para eventual manejo de ações por omissão legislativa, no entanto, para a pesquisa perde um pouco do objetivo. Por isso, quanto as normas constitucionais devem-se mentalizar, primordialmente que: a) elas ostentam supremacia em relação as leis infraconstitucionais e b) pela sua forma reduzida e abstrata de ser, dá ao interprete uma maior liberdade de interpretá-la, o que, muitas vezes, causa um mal-estar constitucional, em virtude da dissonância com a vontade do constituinte originário.

E no que tange a princípios e regras? São iguais? Não. As regras, possuem uma concretização maior e menor intervenção do interprete, enquanto os princípios da ampla abertura ao intérprete, por serem constituídas com linguagem vaga. De modo que, acaba facilitando a manipulação dos princípios à vontade política e econômica.

²⁰ Terminologia apresentada pelo Prof. Luis Alberto Warat, em seu texto de 1982 “O Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas”.

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daneil. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. Ed., 6. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Pg. 362 e 363.

Mas, quais são os meios que dispõe o sistema jurídico para expelir eventuais inconstitucionalidades na legislação infraconstitucional e exercer o controle de constitucionalidade das normas? *A priori*, no Brasil tem-se o controle de constitucionalidade concentrado e difuso. No controle concentrado, realizado perante o STF, as ações a serem manejadas poderão ser: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI), diante de ato normativo editado que viole a CF; b) Ação direta de Constitucionalidade (ADC), se dá no caso de norma que está no sistema, mas paira controvérsias sobre o dispositivo; c) Ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), trata-se de ação de caráter residual, quando não houver cabimento de nenhuma ação acima e for violado preceito da CF, deve ser proposta, a fim de afastar a violação; d) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), poderá ser proposta se houver norma constitucional de eficácia limitada não regulamentada, ou seja, norma que, apesar de prevista na constituição, não tem eficácia enquanto não for regulamentada pelo legislativo ou órgão competente. No controle concentrado, a norma é levada a discussão abstratamente e o efeito é *erga omnes*, ou seja, vale para todos.

No controle difuso, o afastamento da norma viciada poderá ser realizado por qualquer órgão judicial no curso do processo de sua competência²². A questão será afetada apenas as partes envolvidas no litígio, tendo efeito *inter partes*.

É necessário fazer essas observações, pois o RE em tramitação no Supremo questiona o princípio da soberania dos veredictos frente a presunção de inocência – em caso concreto – e não o art. 492, inserido pela lei 13.964/2019 – posterior ao RE –; este ainda será objeto de discussão, grupos já se mobilizam para o ingresso da ação de declaração de inconstitucionalidade, posto que, contraria o art. 283 do CPP (declarado constitucional recentemente pelo STF) e é o mecanismo correto para se afastar lei ou ato normativo com efeito *erga omnes*.

1.3 A efetividade da constituição em momentos de crise

O sistema jurídico brasileiro passa hoje por uma crise evidente. Basta ligar os televisores, jornais eletrônicos, redes sociais e estará estampado diversas distorções referentes ao Poder Judiciário – representado pelos integrantes do Supremo Tribunal Federal –, principalmente, após a Operação Lava Jato.

Diversos analistas políticos chamam atenção para uma novo modelo de Estado que se impõe, denominando de “pós-democracia”. Nesse cenário, a prevalência é do mercado

²² MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo., *Curso de direito constitucional*. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora: Saraiva. 2019. p. 1271.

econômico mundial, não se tem mais a dignidade humana como a centralidade do sistema, como proposto nos pós II guerra.

RUBENS CASARA²³, em seu livro Intitulado de “Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis” trata a relativização da presunção de inocência como a chegada do estado pós-democrático, veja:

“A desconsideração desse princípio constitucional, que encontra seu ponto mais grave na decisão do Supremo Tribunal Federal que relativizou a presunção de inocência, é um dos sintomas mais explícitos da chegada da pós-democracia no Brasil. Princípio constitucional que determina um não agir e retrata uma opção política pelo valor “liberdade” (preferível a liberdade de um culpado à prisão de um inocente), a presunção da inocência passou a ser encarada como uma negatividade e, na lógica gerencial neoliberal, como algo a ser afastado.

Admitir a restrição da liberdade de uma pessoa que pode ser declarada inocente (ou que se reconheça a inexistência de provas da materialidade ou da autoria do crime a ela atribuída) pelo próprio Poder Judiciário **é a demonstração de que a liberdade também passou a ser tratada como uma mercadoria, como algo disponível e que vale de acordo com um tipo de raciocínio que só reconhece a lógica do mercado.** Com a relativização da presunção de inocência, a liberdade de uma pessoa passa a ser gerida a partir do eficientismo de viés econômico.”

Não há como fazer uma análise estrita do fenômeno, questões que envolvam princípios políticos e constitucionais sempre estarão em discussão sob várias perspectivas. Por isso, a forma de enxergar a constituição no país a depender do momento político em que se passa, é fundamental para se compreender os desdobramentos de decisões.

A crise, em que Rubens Casara evidencia é justamente a crise do Estado Democrático de Direito. CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO²⁴, ao tratar dos elementos associados à crise do Estado Democrático de Direito, elenca: a) Neoliberalismo, globalização e ascensão da nova direita; b) erosão democrática, explosões sociais e política antissistema; d) redes sociais, bolhas de identidades e *fake news*; e) inimidade política, direito penal do inimigo e lawfare; e por fim, f) a erosão do sistema de freios e contrapesos e o advento do constitucionalismo abusivo.

Nesse sistema, a dificuldade de aplicação dos direitos e garantias fundamentais é visível. Isto porque, o direito se torna instrumento da política, sendo manipulado pela vontade dos detentores do poder político/econômico. E conseqüentemente, os princípios mais “vagos e abstratos” se tornam meio ideal para a manipulação, pela sua maior abertura ao intérprete (tópico 1.2).

²³ CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora: Civilização Brasileira. 2019.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de., *Democracia em Crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo política e dinâmica institucional*. São Paulo. Editora: Contracorrente e Eduerj. 2020.

O direito penal de exceção – não observância dos direitos e garantias fundamentais – se torna realidade, mas agora dentro do Estado de direito. Há uma intensificação do controle social, posto que, o Estado não desaparece, apenas serve como força policial sobre os empecilhos da vontade ultra neoliberal.

Segundo CLÁUDIO PEREIRA NETO²⁵:

“As leis do país são violadas, mesmo por promotores e magistrados, para promover a execração pública de remanescentes estigmatizados da “velha política”. O direito penal se torna cada vez mais “populista” na busca de condenações dos “inimigos”. Políticos e empresários são exibidos como troféus na luta contra a corrupção, **ainda que as condenações se deem às custas da regularidade processual e de padrões mínimos de consciência jurídica e probatória. (...) o que importa é produzir condenações e obter o aplauso das massas excitadas pela espetacularização dos julgamentos.**”

Para AURY LOPES o processo penal passa por uma crise evidente, podendo ser verificada através da sua existência, identidade e ineficácia do regime de liberdade no processo penal. Aqui, o mais custoso ao modelo de processo penal constitucional é a ineficácia dos direitos e garantias fundamentais estimulado com advento da crise democrática.

A verificação da crise pode ser facilmente visualizada pelas incansáveis declarações tendentes a atribuir capacidade total de dirimir qualquer controvérsia pelo direito penal – doutrinadores o denominam de banalização do direito penal ou panpenalização – Com isso, tudo deve ser penalizado, tudo deve ser resolvido unicamente e rapidamente pelo direito penal. E levando em conta, obviamente, os anseios vingativos e de ódio da população, consolidado pelo direito penal midiático.

A situação se agrava com o quadro de esvaziamento dos direitos e garantias fundamentais, pois além do fenômeno da panpenalização²⁶, em se o processo penal sem garantias, com acusações infundadas, presunção de inocência não preservada, suporte probatório insuficiente, dentre outros. E nisso, o processo penal, se torna palco de espetacularização, as sentenças são determinadas pelo sentimento popular e não mais pelos fundamentos constitucionais, estes, são vistos como sinônimo de impunidade e tendem a serem rejeitados.

É nesse cenário caótico que se insere a defesa dos direitos e garantias fundamentais como urgência, com a finalidade de reduzir danos no processo penal. Não se podendo anuir pacificamente a barbárie, autorizando o próprio poder público agir contra os princípios que o

²⁵ SOUZA NETO, Cláudio., op., cit., p. 42.

²⁶ JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020. p. 92.

concedeu a tutela da sociedade. O poder se legitima pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, jamais podendo agir contra ele. E para complementação vale as reflexões de CARNELUTI expressa em sua obra “As misérias do processo penal”, segundo evidencia que por trás de cada processo, há um drama social. E indo além na paráfrase, por trás de toda crítica dogmática, há um drama social.

2. INSTITUIÇÃO DO JÚRI – GARANTIA CONSTITUCIONAL?

2.1 CASO EMBLEMÁTICO: O CASO DOS IRMÃOS NAVES

Para analisar o tema proposto com certa familiaridade e desde já ampliar a visão a respeito da finalidade do Tribunal do Júri e suas características principais, fixa-se na íntegra um dos maiores erros judiciais da história do Brasil. O caso dos Irmãos Naves - O Tremendo erro judiciário de Araguari²⁷. Embora, essa pesquisa não tenha como finalidade uma análise profunda do caso em si, servirá de base para compreender a importância de se respeitar o princípio/regra da presunção de inocência para não se repetir erros que deveriam em tese, ser fonte de aprendizado.

[...] Na madrugada desse dia, depois de ser obrigado a vender com grande prejuízo toda uma safra de arroz, adquirida com dinheiro emprestado de sua família, Benedito Pereira Caetano, sem avisar ninguém, deixa a cidade de Araguari com destino ignorado, levando consigo noventa contos de réis. Até a data de sua partida de Araguari, Benedito Pereira Caetano se encontrava hospedado em casa de Joaquim Naves Rosa, parente e amigo, que também era seu sócio num caminhão, com o qual transportavam cereais para vender na cidade... Preocupados com Benedito, quesabiam carregar consigo os noventa contos escondidos debaixo da roupa, Joaquim e seu irmão Sebastião, logo pela manhã, decidiram ir procurá-lo em casa de uma mulher onde ele costuma passar a noite de vez em quando. Os irmãos Naves indagam de Benedito em vários locais da cidade, sem nenhum resultado. Mais inquietos, decidem comunicar o fato à Polícia. O delegado civil do município, pede então aos Naves para irem até a fazenda do pai de Benedito e abre um inquérito afim de investigar o desaparecimento. O delegado civil do município não encontra elementos para esclarecer ou responsabilizar ninguém pelo desaparecimento de Benedito. Em princípios de dezembro assume a delegacia, com o cargo de delegado especial, um tenente da Força Pública do Estado. Na ausência temporária de um juiz efetivo em sua cidade, o advogado Alamy obtém um habeas-corpus para os Irmãos Naves com ojuiz de uma comarca vizinha. Eles devem ser soltos. O dinheiro não é encontrado. O pai de Benedito, depois da confissão de Joaquim, passa a acreditar que os Naves assassinaram mesmo seu filho. Nomeia então um advogado para representá-lo. Contrariando a ordem processual, os denunciados são interrogados depois das testemunhas. O advogado dos Naves não é informado desse interrogatório. Toma posse o novo juiz efetivo da Comarca. O advogado Alamy tenta obter o cumprimento de um segundo habeas-corpus em favor dos Irmãos Naves. Nada se acrescenta ao processo contra os Naves. Falham todas as tentativas. Nenhum sinal do dinheiro. A sentença de pronúncia é acolhida pela Câmara Criminal do Estado. Tem início o primeiro julgamento dos Irmãos Naves, pelo júri popular da cidade de Araguari. Narração O Tribunal de Justiça do Estado acolhe a apelação da Promotoria e anula o primeiro julgamento. Pela segunda vez, os Naves são julgados e absolvidos pelo júri. Mas de novo, sem unanimidade de votos. O Ministério Público apela novamente da decisão do Júri. Os irmãos Naves são julgados pela terceira vez e condenados a 25 anos e seis meses de reclusão, pelos juízes do Tribunal de Justiça do Estado, os quais, em suas conclusões sobre o processo afirmam “A Pronúncia bem apreciou a prova com atenta análise. (...) dificilmente se fará tão plena prova de autoria de latrocínio.” Nova revisão do processo atenuou a pena e ao cumprirem oito anos de cárcere. Os irmãos Naves ganharam a liberdade condicional. Três anos depois, sofrendo de longa enfermidade, Joaquim morre num asilo de Araguari. Sebastião encontra Benedito Pereira Caetano, escondido na fazenda do pai, para onde ele voltou depois de quinze

²⁷ DOTTI, René Ariel. *O caso dos Irmãos Naves*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 184-197, out./dez.. 1994.

anos de ausência. Benedito é detido pela polícia, mas não pode ser acusado de nada. Nada tinha a ver com o caso. Sebastião morre em 1963. Poucos anos depois de conseguir com o advogado Alamy, através 25 de duras batalhas judiciais, uma indenização em dinheiro por aquilo que se resolveu chamar então: “O Tremendo erro judiciário de Araguari”. (Fonte: Bernadet, Jean-Claude, O caso dos irmãos Neves: chifre em cabeça de cavalo / por Jean-Claude Bernadet e Luis Sérgio Person. – São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Cultura – Fundação Padre Anchieta, 2004)

O fortalecimento da presunção de inocência reforça a ideia de um estado Democrático de Direito (Preâmbulo Constitucional). O princípio pressupõe respeito ao indivíduo frente a acusação que lhe é imposta, ou mais do que isso, dá ao réu dignidade de enfrentar um processo judicial com todas garantias que a Constituição do País lhe assegura.

Quando não observados os princípios que regem um processo judicial democrático, proposto pela Constituição, temos um julgamento arbitrário, oposto que se garante a Constituição com a cláusula do *due process law* (art. 5º, inciso LIV).

No ano de 1937, quando dos fatos incriminadores dos Irmãos Neves, éramos regidos pelo regime Ditatorial Vargasista – Estado Novo, sob o Decreto-Lei 88/1937, este decreto teve como finalidade criar o Tribunal de Segurança Nacional, que julgava crimes contra o Estado e a economia popular, e introduziu na legislação brasileira a prisão sem o trânsito em julgado da condenação. Tão grave quanto isso: transferiu para o acusado a obrigação de provar sua inocência. Sem meias palavras, estabeleceu no seu artigo 20: “Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)”

Passados 83 anos da promulgação do Decreto-Lei 88/1937²⁸, estamos diante de um resquício ditatorial fascista que acompanha todo o Código de Processo Penal Brasileiro desde de sua criação. Isso se deve ao fato de os juristas brasileiros não entenderem o real significado de um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito requer dos intérpretes a observação dos princípios constitucionais norteadores do processo penal; a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, o direito à liberdade são pilares estruturais em um Estado de garantias fundamentais.

Observem que, hoje a tese proposta é de execução imediata da pena após a condenação no Tribunal do Júri (órgão de 1º instância), presumindo o réu culpado até que ele prove sua inocência para ser posto em liberdade, não ao contrário, liberdade/presunção de inocência até que o acusador prove sua culpabilidade. Mas o assunto não penderá para esse lado de ônus

²⁸ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/522816/publicacao/15708291>, acessado em 19/05/2020.

probante, a observação se fará justamente no ponto em que o Tribunal de Justiça está impossibilitado de analisar o conteúdo fático da demanda e não de direito, como ocorreu em 1937 com o caso dos Irmãos Neves após a prolação da sentença de absolvição pelo Júri; o Ministério Público recorreu para obter condenação, e o próprio Tribunal de Justiça sentenciou a condenação dos réus e determinou suas respectivas penas, substituindo a decisão de absolvição pelo júri.

Isso é um caso axiomático de violação da soberania dos veredictos, dizer que o tribunal está substituindo a vontade dos jurados quando determina um novo júri, por condenação contra à prova dos autos é uma premissa falsa, mas trataremos desse assunto em tópico específico mais adiante (tópico 3).

No Estado Democrático de Direito – como disposto na Constituição – a preservação das garantias fundamentais do réu no processo penal deve se revelar como o maior interesse da prestação jurisdicional, com a finalidade de assegurar a cláusula do *due process of law*. Por não estar diante de um estado de exceção, ao menos formalmente, é que não se pode permitir ou promulgar com a tese de se executar prisão-pena antes do trânsito em julgado.

2.2 Instituição do Tribunal no Júri (art. 5º XXXVIII, alíneas a, b, c e d, da Constituição Federal de 1988)

O Júri tem assento na Constituição Federal, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5º, inciso XXXVIII, trata-se de um direito de todos acusados por crimes dolosos contra a vida a serem julgados por seus pares, através de um Tribunal Popular.

A origem da instituição comporta divergência entre estudiosos do júri, alguns remontam a antiguidade com os povos romanos, gregos, dentre outros. Para nós, a discussão não merece ser detalhada. Para fins desta pesquisa, adota-se a concepção de que a instituição surgiu ainda na Inglaterra, durante o Governo do Rei João Sem-Terra, com a Carta Magna de 1215.

Conceitualmente, nas palavras de FREDERICO MARQUES: “O júri é a participação popular nos julgamentos criminais.”²⁹ Mas o júri não nasce com a constituição de 1988 no Brasil, anteriormente já haviam previsões constitucionais que constavam a instituição do júri. O Tribunal Popular do Júri foi introduzido no ordenamento jurídico nacional antes mesmo da Constituição Imperial de 1924. Podemos analisar o momento histórico da formação da instituição no país em dois: 1) durante o período imperial e 3) durante o período republicano.

²⁹ MARQUES, Jose Frederico, *A instituição do Júri*. Editora: Saraiva. São Paulo. 1963. pg. 9.

A princípio, durante o Império de D. Pedro I, tem-se a publicação da lei de 18 de julho de 1822, que dentre outras disposições, instituiu o tribunal do júri determinando a competência para os crimes de imprensa e os jurados eram eleitos, ao longo dos anos, essa competência foi se alterando, algumas vezes foi ampliada e outras vezes encurtada.

Detalhadamente, FREDERICO MARQUES³⁰, nos esclarece,

“Coube ao Senado da Câmara do Rio de Janeiro, em vereação extraordinária de 4 de fevereiro de 1822, dirigir-se a Sua Alteza, o Príncipe Regente D. Pedro, solicitando a criação do juízo dos Jurados, para execução da Lei de Liberdade da Imprensa no Rio de Janeiro, aonde a criação do Juízo dos Jurados parece exequível sem conveniente, atenta a muita população de que se compõe, e as muitas luzes que já possui.”

Posteriormente, com a Constituição de 25 de março de 1824, os jurados são tidos como servidores do Poder Judiciário com competência tanto para matérias cíveis quanto criminais, o seu campo decisório era quanto aos fatos, e os juízes incumbiam a execução da lei. Vale lembrar que, com o poder moderador aderido à época, o monarca tinha livre intromissão dentro dos outros poderes (legislativo e judiciário), nas lições de PAULO RANGEL³¹,

“O poder era exercido pelo imperador através da ideologia francesa d Clermont Tonnerre e Benjamim Constant, que elaboraram a doutrina do Poder Moderador, ou seja, o Monarca “intervenha legalmente nos campos formalmente definidos nos quais se exerciam as práticas dos demais poderes”. Em outras palavras, os poderes Legislativo, executivo e Judiciário eram limitados em suas funções, pois o Poder moderador ultrapassava os limites estabelecidos na Constituição”.

Em 1832, com o Príncipe regente, D. Pedro II, tem-se a promulgação do código de Processo Criminal de Primeira instância, nesse passo, instituiu-se os juízes de paz – competentes para julgar as causas de baixa complexidade – e o júri popular para decidir a maioria dos delitos e os habeas corpus. Ademais, no que tange aos jurados, continua-se o ingresso por eleição, com o voto condicionado ao status econômico dos cidadãos, quanto aos escravizados, não precisa nem mencionar que era absolutamente impossível de ter direito ao voto, pois nem status de ser humano detinham.

Como observa PAULO RANGEL³²: “Se a pessoa podia ser jurada, ela podia ser eleitora; se ela era eleitora, ela podia ser jurada. Nasce aí a distância entre os jurados e os réus.

³⁰ Ibidem, pg. 37/38.

³¹ RANGEL, *Paulo Tribunal do Júri - Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica*, 6ª edição. Grupo GEN, 2018, p. 56. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/>. Acesso em: 11 Sep 2020.

³² RANGEL, Ibidem, pg. 57.

Os réus nem sempre eram eleitores, mas pessoas das camadas mais baixas da sociedade, muitas daquelas que depois passaria a chamar de excluídos sociais ou, na linguagem de Dussel, as vítimas”.

Também, o júri durante o império se diferia dos demais por sua estrutura. A estrutura do júri era composta pelo: a) *grand jury* (grande júri com 23 jurados) e b) *petty jury* (pequeno júri com 12 jurados). O primeiro fazia o juízo de acusação; enquanto o último, realizava a fase executória da sentença. Essa estrutura se fundamentava no pressuposto de que com o juízo de acusação sendo exercido pela população, as decisões se apresentavam “mais” democráticas, já que o grande júri debatia a possibilidade de processar ou não determinado indivíduo, embora apenas pessoas com poder aquisitivo pudessem ser jurados, ainda sim, essa estrutura foi a considerada mais democrática do ordenamento brasileiro.

Não obstante, com a abdicação de D. Pedro I, o caos se instalou, os liberais pediram ao governo a descentralização do governo federal, e foi-se editado o Ato Adicional de 11 de agosto de 1834, alterando diversos dispositivos constitucionais, o júri passou a ter intervenção dos senhores do engenho, já que, o poder passou a ser exercido descentralizado, o que facilitaria e muito o favoritismo regional.

Por fim, o grande júri foi levado ao senado por meio da reforma de 1841, com a intenção de não mais existir. Alguns argumentaram a favor da razão de existir do juízo de acusação, levando em consideração a imparcialidade do juiz e o berço do júri – Inglês –, no entanto, as argumentações racionais não foram suficientes para os políticos da época que estavam formando o pensamento inquisitório, dando fim ao direito de o réu ter a admissibilidade reconhecida por seus pares.

Enfim, chega-se ao período republicano, em 15 de outubro de 1889 é proclamada a república do Brasil. Sem muito embargo, neste período não houve alterações significativas, pois, a constituição republicana de forma lacunosa dispôs a respeito do júri com a seguinte sentença: “É mantida a instituição do Júri”. Em 03 de setembro de 1926, temos a Reforma Constitucional por emenda. Neste momento, houve uma alteração significativa, o júri se deslocou do capítulo destinado ao Poder Judiciário e integrou a Seção da declaração dos direitos dos cidadãos brasileiros. Enfim, o júri é visto como garantia dos cidadãos.

Com a Constituição de 1934, com Getúlio Vargas, o Júri volta a constar em seção destinada ao Poder Judiciário e sua organização e atribuição ficaram condicionadas a uma lei posterior, conforme a expressa disposição do artigo 72 da CF de 1930: “É mantida a instituição do Júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”.

Mais adiante, passa-se ao Estado Novo de Getúlio Vargas, sendo editado o decreto n° 167, de 5 de janeiro de 1938, com forte influência da revolução de 1930 – fomentada pela burguesia nacional que aspiravam pela industrialização do país com olhos na consolidação do capitalismo –. É neste momento que o júri sofre drásticas modificações.

Para o poder político da época, era interessante manter o júri sob controle, para isso, suprimiram a soberania dos vereditos (Cf. caso dos irmãos neves no item 2.1) e a pouca independência que ainda restava do período regencial. No art. 96 do decreto n° 167 de 1938, constava a redação de supressão da soberania do júri, vejamos: “art. 96 Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apoio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.” Como se vê, o próprio tribunal podia livremente fazer análise das provas e reformar a sentença proferida pelo júri, decidindo pela condenação ou absolvição.

Em 1946, com a redemocratização do Brasil, o tribunal do Júri voltou ao rol de direitos e garantias dos indivíduos, sendo assegurada sua soberania, conforme podemos conferir da dicção do artigo 141, parágrafo 28 de seu texto: “É mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número de seus membros e garantido o sigilo das votações e plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Como visto, além de ter recuperado a soberania dos veredictos, fixou, de forma obrigatória, a competência *ratione materiae* para o Tribunal do Júri, atribuindo-lhe a competência privativa e exclusiva para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida. Garantindo, ainda, a plenitude da defesa em relação ao réu e, também, o sigilo das votações. Nesse ínterim, temos a promulgação da Lei n° 263, de 23 de fevereiro de 1948, que alterou diversos dispositivos do CPP/1941, inclusive, os recursos no Tribunal do Júri, o artigo 8° da lei instituiu a apelação limitada, recurso que tinha por finalidade controlar, por intermédio das jurisdições superiores, os excessos dos veredictos populares, sem afetar, contudo, o princípio da soberania das decisões do Júri. Então o recurso ao tribunal era visto com limitação para assegurar a soberania dos vereditos, e como funcionava conforme o referido dispositivo: se o Tribunal de Apelação entendesse, quanto ao mérito, que o Júri havia proferido julgamento manifestamente contrário à prova dos autos o máximo que poderia fazer era determinar que o réu fosse submetido a novo julgamento popular, sendo que não era admitida, pelo mesmo motivo, segunda apelação.” (redação vigente)

Pois bem, passa-se a Carta Constitucional de 1967, diante do governo militar, a instituição do júri foi mantida integralmente conforme a constituição de 1946. No entanto, com a edição do Ato Institucional nº 5, de 1968, houve uma alteração no texto constitucional por força da emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em que a soberania do júri não constou como garantia, sendo totalmente esquecida. Ressalta-se que, o Tribunal do Júri não se manteve atuante durante essa parte da história, uma vez que se trata de instituto incompatível com a ditadura. Somente com o fim da ditadura militar, alcançado com o movimento das “Diretas Já”, o país pode novamente se reerguer e se reestruturar politicamente. Foi então que, em 5 de outubro de 1988, é promulgada a atual Constituição Federal do Brasil, a qual tratou de da existência do Tribunal do Júri no capítulo dos direitos e das garantias individuais. Portanto, é de se concluir que a instituição do Júri no Brasil foi marcada por uma intensa oscilação entre períodos de crises e momentos de desenvolvimento, como se vê desde de sua consolidação até os dias atuais.

Como mencionado acima, a CFR/88 expressamente prevê,

“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Passa-se a análise dos princípios do tribunal do júri.

a) Da Plenitude de Defesa

Quando se falar de uma defesa plena, estamos diante de um *plus* da ampla defesa. Isso quer dizer que, ter uma defesa plena consiste em mais do que se defender propriamente dito, é ter uma defesa acima da média, ou irretocável, nas palavras do Prof. GUSTAVO BADARÓ³³:

“Nos processos perante um Juiz Togado, com conhecimentos técnicos, a defesa deve ser ampla, mas eventuais falhas ou equívocos do defensor podem, muitas vezes, ser corrigidos pelo Juiz, na busca da decisão mais justa (por exemplo, mesmo que não alegada, o juiz pode absolver o réu por legítima defesa). Já no júri, por se tratar de um Tribunal Popular, em que os jurados decidem mediante íntima convicção, com base em uma audiência concentrada e oral, a defesa deve ser plena, isto é, “uma defesa acima da média” ou “irretocável”. Por isso o art. 497, v, do CPP prevê que o Juiz poderá considerar o réu indefeso e lhe nomear outro defensor.”

³³ BADARÓ, *Processo*, op., cit., pg. 653.

Um esclarecimento necessário é: há diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa? Alguns juristas não veem qualquer diferença entre os institutos. Para estes, ampla defesa e plenitude de defesa só foram utilizados pelo legislador originário de forma semelhante. Observe os dispositivos: art. 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. No mesmo dispositivo, logo abaixo, no inciso XXXVIII, alínea “a”, temos: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: **a)** a *plenitude de defesa* (...).

Mas, boa parte da doutrina diverge, considerando ampla defesa e plenitude de defesa institutos diversos. A abertura de divergência pode ser notada com o esclarecimento de GUILHERME NUCCI³⁴: “não seria o constituinte tomado de tamanha leviandade e falta de revisão na redação de um único artigo: é evidente que pretendeu inserir – e o fez – os dois princípios, até mesmo com redações diferentes: ampla defesa (inciso LV) e plenitude de defesa (inciso XXXVIII, a).” É o posicionamento que se parece condizente com o sistema de garantias no júri.

Segundo NUCCI, *ipsi litteris*,

“A razoável explicação para isso é que o constituinte fez questão de ressaltar que como regra geral, em qualquer processo judicial ou administrativo, tem o acusado o direito à ampla defesa, produzindo provas em seu favor e buscando demonstrar sua inocência, a fim de garantir o devido processo legal, única forma de privar alguém de sua liberdade ou de seus bens. Mas, no cenário do Júri, onde a oralidade é essencial e a imediatidade crucial, não se pode conceber a instituição sem a plenitude de defesa. Portanto, apesar de ser uma garantia de o acusado defender-se com aptidão, é característica fundamental da instituição do júri que a defesa seja plena. Um tribunal popular, onde se decide por íntima convicção, sem qualquer motivação, sem a feição de ser uma tribuna livre, especialmente para o réu, não é uma garantia individual, ao contrário, é um fardo dos mais terríveis.”³⁵

Portanto, o princípio da *plenitude de defesa* no júri diz respeito a uma expressão ainda mais abrangente que o próprio princípio da ampla defesa, ou seja, a vontade do legislador, ao instituí-lo, foi a de possibilitar ao réu uma defesa imensurável. No plano processual, deverá o réu ser assistido por um profissional habilitado, o qual poderá se valer de mecanismos não somente técnico, mas até mesmo utilizar argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, ou de política criminal.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: Princípios Constitucionais*. São Paulo. Editora: Juarez de Oliveira, 1999. p. 139.

³⁵ *Ibidem*, p. 140.

Corroborando com nossa posição, PAULO RANGEL³⁶, elenca o que se entende por defesa plena:

“A exigência da plenitude defensiva irradia vários efeitos: (a) somente as provas ilícitas incriminatórias poderão ser retiradas dos autos; (b) o que produzido sem o crivo do contraditório defensivo, salvo as provas técnicas, não poderá integrar os autos; (c) a ausência e a deficiência de defesa no plenário implicam a desconstituição do Conselho de Sentença, cientificado-se o réu de prazo à indicação de advogado, nomeando-se defensor dativo ou público, na inércia ou impossibilidade de o imputado indicar; (d) garantia da palavra ao defensor em seu horário de exposição perante os jurados; (e) consideração da tese própria do imputado, independentemente de o defensor técnico sustentá-la em plenário; (f) alerta aos jurados quando houver possibilidade de respostas contraditórias aos quesitos; (g) recurso por decisão manifestamente contrária à prova dos autos somente pro reo; (h) necessidade urgente de ser alterada a composição ímpar dos julgadores leigos e de ser exigida a fundamentação dos votos; (i) deslocamento dos jurados ao local do fato, a requerimento da acusação, defesa ou dos próprios julgadores; (j) interpretação restritiva do limite temporal dos debates da acusação; (k) leitura dos quesitos em plenário; (l) reconhecimento de circunstâncias agravantes quando descritas na peça incoativa, afastando-se a aplicação do art. 492, I, b, do CPP.”

Do Sigilo das Votações Outra questão que merece atenção é o número de jurados no conselho de sentença, a composição do Conselho de Sentença, por número ímpar de jurados, permite a formação de um juízo condenatório somente pela diferença de um voto, situação que viola o estado de inocência e o exercício pleno da defesa. Caso houvesse a composição por número par, o resultado de empate, haveria de pender em favor do *status libertatis*.

b) Sigilo das Votações

Trata-se de excepcionalidade no direito Brasileiro, em regra todos os atos do Poder Judiciário são públicos, salvo por razões de interesse público, os atos podem ter publicidade restrita as partes (art. 93, IX, CF c/c art. 792, §1º, CPP).

O sigilo das votações, se fundamenta na autonomia dos jurados para julgar a causa, afastando qualquer constrangimento que podem sofrer por estar lidando com a causa, desta forma a constituição lhe garante o sigilo de seus votos, para uma maior serenidade no momento do julgamento.

O sigilo não é somente manifestado pelo voto secreto, mas também pela sala secreta. No momento da votação os jurados deixam o plenário e juntamente com a defesa e acusação se dirige a sala secreta para responder os quesitos.

³⁶ GIACOMOLLI, José Nereu., *O Devido Processo Penal*, 3ª edição. Grupo GEN, 2016, pg. 450. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 16 Sep 2020.

Considerando o elo muitas vezes traçado entre o sigilo das votações e a incomunicabilidade dos jurados, vale ressaltar as palavras de FIRMINO WHITAKER, citado por Frederico Marques, que “a lei, exigindo a incomunicabilidade, pretendeu garantir a independência dos jurados e a verdade das decisões. Só a própria convicção deve guiar no julgamento.”³⁷

No entanto, BADARÓ³⁸ faz uma importante ressalva, “A incomunicabilidade dos jurados (CPP, art. 466, § 1º) também costuma ser relacionada com o sigilo das votações. Não há, porém, ligação necessária entre os institutos. O sigilo assegura que não se revele o conteúdo dos votos de cada jurado. Já a incomunicabilidade visa evitar que o julgamento sofra influência em seu convencimento, seja de terceiros, seja dos outros jurados.”

O disposto no art. 5.º, XXXVIII, *b*, assegurando o sigilo das votações, envolve tanto a preservação do voto secreto, colocado em urna privada, sem que se possa conhecer o teor da decisão tomada pelo jurado, como também se busca garantir que o processo de votação desenvolva-se em sala especial, longe das vistas do público. Fato iminente aceito majoritariamente. Deve-se razão a preciosa fala do Prof. AURY LOPES³⁹:

“Um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questiona as “verdades absolutas”. O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade”.

E para concluir, embora Aury faça uma crítica válida e necessária ao Tribunal do Júri, deve-se também ter em mente que trata-se de uma instituição antiga, devendo se coadunar com os preceitos constitucionais atuais.

c) Da Soberania dos Veredictos

Insta começar buscando a melhor conceituação para a expressão “soberania dos vereditos” que muito tem causado discussão no mundo jurídico.

Buscando a origem do instituto, alguns estudiosos do tema acreditam que essa característica soberana do júri, tenha surgindo quando da instauração do júri na Inglaterra com o advento da Carta Magna de 1215, que disciplinava no item 48, que nenhum homem livre seria

³⁷ MARQUES, Jose Frederico, *A instituição do Júri*, 1963, Ed. Saraiva, São Paulo, pg. 108.

³⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 655.

³⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 768

detido ou preso, ou alijado de seus direitos ou posses, incriminado ou exilado, nem mesmo privado por qualquer outro meio de seu status social, salvo em caso de julgamento pelos seus pares ou pela lei local.

Considera-se soberania popular uma aproximação dos cidadãos da justiça criminal, com o cunho essencialmente democrático. De modo que, não é aceitável uma interpretação de intangibilidade, poder absoluto e ilimitado das decisões proferidas pelos Jurados.

Segundo FREDERICO MARQUES⁴⁰,

“a soberania dos veredictos é uma expressão técnica-jurídica que deve ser definida segundo a ciência dogmática do processo penal, e não de acordo com uma exegese de lastro filológico, alimentada em esclarecimentos vagos de dicionário. [...] Os veredictos são soberanos, porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão positiva.”

Ainda cito, o importante processualista francês FAUSTIN HÉLIE⁴¹, quiçá o maior reformador penal da França, citado por Frederico Marques, deixou claro a noção de soberania, “[...] ela consiste na impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados, na decisão da causa. Júri soberano, portanto, é aquele ao qual não se substitui nenhum magistrado para julgar a questão criminal já decidida pelos jurados”.

A forma como juristas, especificamente alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro tem tratado o tema se distancia totalmente do sentido e aspiração da soberania popular. Utilizam de argumentos utilitaristas para justificar uma inconstitucionalidade evidente, para um suposto bem maior. Vejam só, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.235.340 de Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, o mesmo invocou diversos argumentos que mais tinha como função legitimar a prisão após condenação do júri em nome da credibilidade do Sistema de Justiça Criminal, do que enfrentar o tema da inconstitucionalidade da prisão em primeiro grau no júri fundada na soberania dos vereditos.

Segundo o Relator do RE, “3. É certo que o Tribunal de Justiça – ou mesmo um tribunal superior – pode anular a decisão em certos casos, seja ela condenatória ou absolutória, determinado a realização de um novo júri. **Todavia, é estatisticamente irrelevante o número de condenações pelo Tribunal do Júri que vêm a ser invalidadas.** 4. Não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. **É que, diferentemente do que se passa em relação aos demais crimes, nenhum tribunal tem o poder de substituir a decisão do júri.** 5. Viola sentimentos mínimos de

⁴⁰ MARQUES, Frederico., op., cit., pg. 35.

⁴¹ Idem, pg. 38.

justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima. Essa situação se agrava pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso.” “Grifo Nosso”⁴²

Indago, com todo respeito ao voto do Ministro: 1) um erro judicial, por mais ínfimo que seja, não fere o princípio constitucional do devido processo legal e da presunção de inocência? 2) em qual parte da história criminal ficou o réu com o encargo de carregar consigo todos os vícios do sistema de Justiça Criminal Brasileiro? 3) a credibilidade do sistema de justiça está acima do direito à liberdade, a dignidade humana, da presunção de não ser considerado culpado até que tenha uma decisão transitado em julgado?

São argumentos que carregam consigo certa carga de sofismas, pois a soberania do veredito tem a função de dar aos jurados, momentaneamente, o poder de julgar os fatos de acordo com sua convicção. Este, não pode ser usado contra ao réu, mas a seu favor. Tanto é que, o Código de Processo Penal previu mecanismos exatos para um controle das decisões proferidas pelo júri, a fim de distanciar resquícios arbitrários e autoritários.

Bem adverte HUMBERTO ÁVILA, que a separação dos poderes é uma regra imposta pela Constituição em que os julgadores devem se atentar restritamente. Então ensina o emérito Professor, *ipsi litteris*: “Os fins a serem perseguidos não são os fins subjetivamente definidos pelo próprio intérprete, mas aqueles estabelecidos pela Constituição. [...] Por melhores e mais cativantes que sejam suas intenções.”⁴³

De acordo com o Rel. Min. Luiz Fux, na ADI 6299⁴⁴ – em que se busca a inconstitucionalidade formal e material da lei 13.664/2019 – que instituiu o juiz de garantias, se pronunciou explicitamente que não cabe ao STF fazer um juízo iminente político do que é bom ou ruim, ao invés

“[...] A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se

⁴² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5776893>, acesso em 06/07/2020.

Relator: Ministro Roberto Barroso . Fonte: Recurso Extraordinário 1.235.340: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5776893&numeroProcesso=1235340&classeProcesso=RE&numeroTema=1068> , Acesso em 25/06/2020.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. Editora : Malheiros. São Paulo, 2019, p. 25.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>, Acesso em 10/06/2020.

sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. **Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. [...] Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar.** No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação. **“Grifo Nosso”**

Nos termos do art. 593, III, CPP, a apelação contra sentença proferida em procedimento do Júri é cabível para impugnar: “a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.

Nota-se que, o Tribunal não irá substituir a decisão do júri, proferindo um pronunciamento de absolvição ou condenação, mas determinar que seja instaurado um novo júri, em função do duplo grau de jurisdição, assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.2 “h”, com status constitucional. E, além do mais, a apelação só será possível caso haja uma condenação contrária à prova dos autos. Notem que o sistema recursal no júri já é muito restrito, restringi-lo mais ainda colocando o réu no cárcere antes de uma decisão definitiva, cujo o status é de Estado de Coisas Inconstitucional⁴⁵, é uma afronta a suas garantias fundamentais apontadas na Constituição Federal.

Conforme pensamento explanado por PACELLI⁴⁶, “em uma suposta balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira, com o estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais.”

Pois caso houvesse soberania do júri em 1937, não teria se vivenciado o erro judicial no caso dos Irmãos Neves, vez que, estariam em liberdade para recorrerem até que provem sua culpa – naquele momento não havia materialidade delitiva, isto porque, o corpo nunca foi

⁴⁵ [ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. \(ADPF-347\)](#), Acesso em: 14/05/2020.

⁴⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Editora: Grupo GEN, 2020. 9788597023763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>. Acesso em: 04 Aug 2020)

encontrado –. A qual, na verdade, foi reconhecida pelo Júri como inexistente, mas reformada em decisão posterior pelo Tribunal de Justiça, a falta de soberania popular perante um governo autoritário se tornou claro.

d) Da competência para os Crimes Dolosos Contra a Vida

Neste ponto, o Código Penal nos artigos 121 a 128, traz como crimes dolosos contra a vida, os seguintes: a) Homicídio; b) Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio. c) Infanticídio e d) Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Estes crimes, segundo o art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal é de competência mínima do Tribunal do Júri sentenciar. Digo mínima, pois pode ser estendida essa competência, mas nunca suprimida do ordenamento jurídico.

Dispõe do artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal que: Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

Observa-se, que o Tribunal do Júri, minimamente, deve julgar os crimes dolosos contra a vida, mas lhe incumbe também o julgamento dos crimes que forem conexos aos dolosos contra a vida.

A competência no júri não foge dos debates quando se fala de prisão imediata após condenação do Tribunal do Júri, como o júri lida com a tutela do bem jurídico de maior graduação social, a vida, sobre eles estão a pressão de deixar em liberdade um possível transgressor dos valores sociais, causando insegurança perante a população.

No entanto, não se pode olhar para o tipo de delito cometido, e sim sobre os fatos. Quando o réu vai ao plenário do júri, há muito tempo passou-se pela fase de criminalização primária e secundária da conduta. Todas as questões sobre valores que envolvem o suposto crime cometido já foram valoradas para sua pena mínima e máxima. O que eu quero dizer com isso é, olhar para o júri e cogitar a prisão de imediata com fundamento no crime em si, pelo seu perigo em abstrato, trata-se de *bis in idem*, intolerável no Direito Pátrio.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Neste tópico apresentarei, os motivos em que se constata ser a execução da pena automática no Júri inconstitucional e inaceitável no Processo Penal Constitucional.

3.1 Acréscimo no art. 492 do CPP, I, alínea “e” pela Lei 13.964/2019 – Endurecimento das penas pelo Pacote “Anticrime”.

Pela leitura do art. 492 do CPP, inciso I, alínea “e”, temos a permissão legal para antecipar a pena no júri nos crimes em que tiver pena superior a 15 anos. Neste ponto, já se adianta que o *quantum* da pena não será objeto de análise, isto porque, se torna irrelevante para a pesquisa, uma vez que, o que se defende é a inconstitucionalidade em tese por violar princípios constitucionais a antecipação da prisão-pena. Vejamos o que dispõe a nova redação:

“Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – no caso de condenação:

e) 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;* (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) “sem grifos no original”

Analisando o artigo mencionado, observa-se claramente que a proposta legislativa foi de preferir o julgamento das ADC 43, 44 e 53, pelo STF, e suprimir a presunção de inocência e duplo grau de jurisdição no Tribunal do Júri. Como é fato notório, um dos principais objetivos do Pacote Anticrime é a subtração de direitos dos acusados e o endurecimento das execuções penais, em nome da eficiência penal, embora se tenha instituído um grande avanço para o processo penal, como o juízo de garantias – suspenso em liminar do Min. Fux, na ADI 6.299.

No entanto, essa racionalidade antecipatória da pena no júri, pendente de revisão criminal não é obra exclusiva da lei 13.964/2019, posto que, já se tinha pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da 1ª turma do STF, que admitia a execução da prisão-pena no Tribunal do Júri. Portanto a lei 13.964/2019 apenas trouxe respaldo positivo para a vontade que já se formava desde 2016 com o HC 126.292/SP.

Com isso, difunde-se duas correntes: 1) promulga-se pela execução da pena, considerando-a constitucional, cujo o referencial teórico é fundamentado nas premissas políticas da tese de mestrado do Promotor de Justiça Rafael Schwez Kurkowski⁴⁷ em

⁴⁷ KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução Provisória da Pena no Júri: fundamentos políticos e jurídicos* - Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. .

colaboração com o Min. Luis Roberto Barroso, e 2) promulga-se pela total inconstitucionalidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, com base o princípio da presunção de inocência e duplo grau de jurisdição.

A primeira corrente utiliza de argumentos puramente pragmáticos e políticos, creditam o judiciário como provedor e responsável pelas políticas de segurança pública.

Acontece que, atribuir penas severas – muitas vezes desproporcionais – e punir desrespeitando direitos mínimos não é o que estabelece a Constituição Federal. Como já aludido no primeiro tópico, estar-se-á diante de um Processo Penal Constitucional, com isso, fere-se o princípio do devido processo legal – cláusula assecuratória das garantias processuais – levar o réu a prisão antes de ter sua culpa formada, dado que, é uma garantia de todo acusado ter seu estado de inocência respeitado, não importando o crime que cometa, o Código de Processo Penal delimitou mecanismos específicos para assegurar que o transgressor seja penalizado, cita-se de exemplo a prisão preventiva, segunda a qual “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (art. 312 do CPP).

Outro argumento utilizado pela corrente favorável a antecipação da pena, é no sentido de que a prisão antecipada no Júri estaria amparada pelo princípio da Soberania dos Vereditos, também um direito fundamental do acusado, uma vez que se caracteriza como uma das garantias do Tribunal do Júri (tópico 2.2 “c”). Ora, como já bem levantado por Lenio Streck⁴⁸: “se a soberania do Júri é considerada garantia fundamental, como pode essa garantia constitucional se virar contra o réu?”

Para melhor compreensão da tese levantada, será exposto os casos antes da Lei 13.964/2019 perante o STF.

3.2 Leading Case: O Supremo Tribunal Federal e o HC 118.770/SP⁴⁹

O julgamento do HC 118.770 se desenvolveu perante a 1º turma do STF, no ano de 2017, com a relatoria do Min. Marco Aurélio, segue-se a ementa de redação do Min. Barroso,

⁴⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/senso-incomum-juri-simples-nao-levar-imediata-prisao-reu>, acesso em 13/04/2020.

⁴⁹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>, Acesso em 26/06/2020.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.

2. Diante disso, 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. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavaski, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.

3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”

No caso em tela, o réu se encontrava em custódia há 9 anos, 5 meses e 21 dias, aproximadamente, sem que a condenação do tribunal do júri tivesse transitado em julgado. O caso se desdobrou na seguinte sequência (conforme narrado no relatório do acórdão): 1) O júri reconheceu a pretensão punitiva contra o réu e o Juízo da Primeira Vara Judicial de Ibiúna/SP condenou o réu a 25 anos de reclusão, em regime inicial fechado, ante o cometimento das infrações descritas no artigo 121, § 2º, incisos II e IV (homicídio qualificado por motivo fútil e mediante recurso que dificulte a defesa do ofendido), e § 2º, incisos IV e V (homicídio qualificado por recurso que dificulte a defesa da vítima e para assegurar a impunidade de outro delito), combinado com o 71 (crime continuado), do Código Penal. Negou o direito de recorrer em liberdade, consignando presentes os motivos ensejadores da preventiva. Frisou a conveniência da custódia para a preservação da ordem pública, em virtude do abalo social e da credibilidade do Poder Judiciário. 2) Em AP, arguiu-se a nulidade absoluta do julgamento. A Primeira Câmara de Direito Criminal desproveu-a, mantendo a sentença condenatória na integralidade. Interpostos recursos especial e extraordinário, foram inadmitidos na origem, no que se protocolou agravo. 3) Formalizou-se habeas no Tribunal de Justiça, postulando-se o afastamento da segregação. Destacou-se a ausência dos requisitos autorizadores, consideradas as condições pessoais favoráveis do paciente – primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita. A Primeira Câmara indeferiu a ordem, assentando a idoneidade das premissas do pronunciamento. 4) No Superior Tribunal de Justiça, habeas corpus nº 149.109/SP, renovou-se a argumentação veiculada anteriormente. Acrescentou-se ter havido aumento indevido da pena em razão da continuidade delitiva, observado o patamar adotado. A Sexta Turma indeferiu

a ordem, afirmando a necessidade da constrição e o acerto da dosimetria. 5) O réu na oportunidade, reiterou os pedidos a Suprem corte.

A tese assentada foi a seguinte: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”

Ficou vencido Marco Aurélio, votaram a favor da tese Min. Rosa Weber, Luiz Fux (não conheceu o HC por entender ser substitutivo do RO), e Min. Barroso. O interessante do julgado, foi as argumentações confeccionadas.

Para o Min. Marco Aurélio, a medida cautelar deveria ser acolhida, isto porque, considerou significativo o excesso de prazo e o direito de aguardar em liberdade (presunção de inocência), conforme já havia consignado no HC 126.292, rel. min. Teori Zavascki, j. 17/2/2016, o HC se fazia necessário, não considerando estratégia *per saltum* do réu. Abriu divergência o Min. Barroso, transcrevo na íntegra o voto, por merecer sérias observações. Vejamos:

“(...) 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. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, c), 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 (CF/1988, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). **Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas**” “Grifo Nosso”

Primeiramente, há que se fazer a distinção em relação a matéria que o tribunal poderá reaver. O min. Barroso aponta que, em relação ao Tribunal do Júri o tribunal superior não poderá substituir os jurados na apreciação dos fatos e provas, verdade, mas em relação as provas os Ministros devem analisar e determinar a instauração de novo procedimento, que o faça substituir a antiga decisão ou mantenha, se for o caso, isso por força do art. 593, II, alínea “d” do CPP, que determina os motivos de cabimento da apelação. Por mais que, o Min. reconhece a incapacidade do tribunal para análise dos fatos e provas, ele não cita a possibilidade de reforma da decisão por outros jurados, o que, de forma alguma fere a soberania dos vereditos. E nesse sentido cito NEREU JOSÉ GIACOMOLLI⁵⁰ “Fosse absoluta a soberania, não se

⁵⁰ GIACOMOLLI, José Nereu, op., cit., pg. 451.

justificaria o Tribunal de apelação determinar um novo julgamento”. De forma que, o segundo argumento grifado, jamais pode se prevalecer, reconhecer o duplo grau de jurisdição ao acusado é afirmar os direitos fundamentais previstos na CR/88.

O precedente levantado pelo Min. Barroso, não considerou de forma alguma a doutrina e jurisprudência. Ao analisar o voto, percebe-se a baixa literatura em que apoia sua decisão, além de que, a jurisprudência⁵¹ referenciada não está diretamente ligada as peculiaridades do Tribunal popular, e até aquele momento não havia nenhuma proposta doutrinária ou legislativa que autorizasse a prisão imediata no júri. Mas, a partir do julgamento do HC 118.770/SP, estariam todos os juízos autorizados a executar imediatamente a pena no Tribunal do Júri, por força do art. 927, do CPC. As colocações do Min. fazem recordar as palavras proferidas por Francisco de Campos⁵², na exposição de motivos do CPP de 1941: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”. As ideias de Campos são inspiradas na doutrina de Carl Schmitt, a qual, fora utilizada pelos juristas na ditadura do Estado Novo e Ditadura Militar⁵³.

Mas este posicionamento de proteção insatisfatória de direitos fundamentais não se sustenta com o advento das medidas cautelares em 2008, caso haja, risco a proteção de direitos fundamentais, deve-se determinar a prisão preventiva, ou seja, há alternativas menos invasivas.

Em outra via, o Min. Fux não reconheceu do HC por considerar substitutivo do RO, situação extremamente deficitária, posto que, o réu se encontrava 9 anos preso. No mesmo sentindo, mas com argumentação diferente a Min. Rosa Weber⁵⁴ não conheceu do HC por considerar excesso de prazo apenas prisão antes da prolação da primeira sentença. Dessa forma, ficou assentada a tese de possibilidade de se executar a pena no Júri a partir do 1º julgamento pelo Tribunal Popular.

A partir deste julgamento, em 2019 chegou ao STF o Recurso Extraordinário 1.235.340 de Santa Catarina. Segue a ementa:

⁵¹ ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki;

⁵²Disponível

em:

https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf, acesso em 26/06/2020.

⁵³ Cf. LIMA, Danilo Pereira., *Legalidade e Autoritarismo: O papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964*. Salvador. Editora: JusPodivm. 2018.

⁵⁴ (...). Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de segregação cautelar do acusado, considerada a excepcionalidade da prisão processual, mesmo que se trate de crime hediondo. [HC 142.177, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 6-6-017, DJE 212 de 19-9-2017.]

“DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FEMINICÍDIO E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. O direito à vida é expressão do valor intrínseco da pessoa humana, constituindo bem jurídico merecedor de proteção expressa na Constituição e na legislação penal (CF, art. 5º, caput, e CP, art. 121).

2. A Constituição prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania do Tribunal do Júri, a significar que sua decisão não pode ser substituída por pronunciamento de qualquer outro tribunal.

3. É certo que o Tribunal de Justiça – ou mesmo um tribunal superior – pode anular a decisão em certos casos, seja ela condenatória ou absolutória, determinando a realização de um novo júri. Todavia, é estatisticamente irrelevante o número de condenações pelo Tribunal do Júri que vêm a ser invalidadas.

4. Não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. É que, diferentemente do que se passa em relação aos demais crimes, nenhum tribunal tem o poder de substituir a decisão do júri.

5. Viola sentimentos mínimos de justiça, bem como a própria credibilidade do Poder Judiciário, que o homicida condenado saia livre após o julgamento, lado a lado com a família da vítima. Essa situação se agrava pela indefinida procrastinação do trânsito em julgado, mediante recursos sucessivos, fazendo com que a pena prescreva ou seja cumprida muitos anos após o fato criminoso.

6. Em situações excepcionais, caso haja indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, o tribunal, valendo-se do poder geral de cautela, poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

7. A exequibilidade das decisões tomadas pelo corpo de jurados não se fundamenta no montante da pena aplicada, mas na soberania dos seus veredictos. É incompatível com a Constituição Federal legislação que condiciona a execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri ao patamar mínimo de 15 anos de reclusão. Necessidade de interpretação conforme à Constituição, com redução de texto, para excluir do art. 492 do CPP, com a redação da Lei nº 13.964/2019, o limite mínimo de 15 anos para a execução da condenação imposta pelo corpo de jurados.

8. No caso específico aqui em exame, o réu matou a mulher dentro da própria casa, com quatro facadas, inconformado com o término do relacionamento. O episódio se passou na frente da filha do casal. Após a consumação do homicídio, o acusado fugiu, tendo sido encontradas na sua residência arma e munições. Femicídio por motivo torpe, por agente perigoso. Prisão que se impõe como imperativo de ordem pública.

9. Recurso extraordinário provido para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Fixação da seguinte tese de julgamento: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”

Trata-se de processo subjetivo, com recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal de 1988, contra o acórdão unânime da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, de Rel. Min. Nefi Cordeiro, que considerou ilegal prisão fundada em condenação proferida pela Tribunal do Júri, ressalta-se que o STJ⁵⁵ tem entendimento diverso da 1ª turma do STF. A

⁵⁵ “A soberania do veredicto do Tribunal do Júri não impede a desconstituição da decisão por meio de revisão criminal”. Precedentes: REsp 1304155/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2014; AgRg no REsp 1154436/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012,

questão teve repercussão geral reconhecida por unanimidade, por meio do Plenário Virtual. O caso gira em torno de homicídio triplamente qualificado, cometido por motivo torpe – mediante recurso que dificultou ou mesmo impossibilitou a defesa da vítima –, contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (feminicídio), nos termos do art. 121, § 2º, I, IV e VI, do CP; além de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei 10.826/2003), observado o art. 7º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Em 30.11.2018, o Tribunal do Júri da Comarca de Chapecó/SC condenou o acusado a 26 anos e 8 meses de reclusão, além de a 1 ano de detenção, em regime inicialmente fechado, pelos crimes descritos acima.

Na sentença, o magistrado da causa negou ao réu o direito de recorrer em liberdade. O que fez “por se tratar de condenação proferida com base em decisão do Tribunal do Júri e por isso amparada pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, e por isso imune à recorribilidade plena.” Inconformada com a negativa da possibilidade de recorrer em liberdade, a defesa impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A liminar foi indeferida.

Contra o indeferimento da liminar no TJ/SC, impetrou-se habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Nefi Cordeiro deferiu a medida cautelar, nos autos do HC 499.754-SC, para determinar a expedição do alvará de soltura do paciente, até o julgamento do mérito do writ. Contra a referida decisão monocrática, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs agravo regimental, ao qual a Sexta Turma do STJ negou provimento.

No recurso extraordinário, interposto com apoio no art. 102, III, alínea “a”, da CF/88, o Ministério Público de Santa Catarina sustenta violação ao art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, tendo em vista que a imediata execução de condenação proferida pelo Tribunal do Júri decorre da soberania dos veredictos, sendo desnecessário aguardar a sua confirmação em grau de apelação, além de argumentar que, **a)** a decisão recorrida desconsiderou a interpretação conferida pela Primeira Turma desta Suprema Corte, na sessão de 07.03.2017, no julgamento do HC 118.770/SP; **b)** o entendimento adotado no HC 118.770/SP está alinhado com o Tema 925 da repercussão geral (ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki), que passou a admitir a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação; **c)** não há razão para impedir a execução da pena aplicada pelo Júri, porquanto

DJe 17/12/2012; HC 137504/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012; REsp 964978/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/ RJ), QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 30/08/2012. (Informativo de Jurisprudência nº 503)

eventual interposição de apelação não possibilitará ao Tribunal a usurpação da soberania dos veredictos do conselho de sentença.⁵⁶

Acontece que, há duas situações que o Min. deixa de levar em consideração, a 1ª diz respeito ao que foi decidido no HC 126.292/SP e ARE 964.246. Explico, o HC 126.292/SP determinou a seguinte tese: “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.” Posteriormente no RE 964.246 tem-se a reafirmação do HC 126.292/SP, dispondo: “Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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.” Percebe-se a discussão girava em torno da execução em 2º instância e não em 1ª instância (como é o caso do Júri). A 2ª falha fatal do Min. Relator e não reconhecer a mudança de entendimento nas ADC’s 43, 44 e 54 pelo plenário do Supremo.

Voltando ao RE 1.235.340/SC, o Min. Barroso foi designado relator, proferindo o seu voto em 2020, durante sessão plenária virtual em decorrência da pandemia da covid-19, concentrando argumentos extrajurídicos como havia feito em 2017 no HC 118.770 (cf. capítulo II, 2.2, “c”). O ministro agora, invoca as fragilidades do Sistema de Justiça Criminal, assim como a “impunidade” relativa à possibilidade recursal – o que não pode ser interpretado ao pé da letra no Tribunal Popular, pela sua via estrita de recursos – para criar dentro do sistema jurídico brasileiro a execução imediata da pena no júri.

A tese no presente recurso, é: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. A tese contempla a Lei 11.964/2019, a qual, institui a possibilidade de prisão antecipada no júri, desde que, a pena aplicada seja superior a 15 anos. O min. já sinalizando pelo entendimento de constitucionalidade do art. 492, fixou que, poderá ser executada “independentemente do total da pena aplicada”.

O min. Gilmar Mendes abriu divergência ao votar pela total improcedência do RE, analisemos o seu pronunciamento:

⁵⁶ Deslinde processual extraído do relatório do RE 1.235.340. (cf. https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/6DAC9D4C675685_barroso.pdf), Acesso em 20/09/2020.

“Diante do exposto, nego provimento ao recurso extraordinário de modo a manter a vedação à execução imediata da pena imposta pelo Tribunal do Júri. Assento a seguinte tese: “A Constituição Federal, em razão da presunção de inocência (art. 5º, inciso LV), e a Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do direito ao recurso ao condenado (art. 8.2.h) vedam a execução imediata das condenações proferidas por Tribunal do Júri, mas a prisão preventiva do condenado pode ser decretada motivadamente, nos termos do art. 312 CPP, pelo Juiz Presidente a partir dos fatos e fundamentos assentados pelos Jurados.” Assim, declaro a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/19 ao art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal.”

Os argumentos do Min. Gilmar caminham para se coadunar com as conclusões exaradas na presente monografia, dado que, como ficaria a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição após a admissibilidade da execução imediata? Apenas direito morto.

O Min. Dias Tofolli se pronunciou, no sentido de acatar o voto do relator. Na oportunidade em que o Min. Lewandowski pediu vista, aguarda-se o julgamento do feito, que na jurisprudencial sanará a questão, valendo a tese determinada pelo plenário, mas na doutrina o posicionamento majoritário é de inconstitucionalidade evidente tanto pela usurpação da presunção de inocência quanto pela supressão do duplo grau de jurisdição.

Em 02/09/2020, o IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa, pediu para ingressar no processo como *amicus curiae*, e, na mesma oportunidade, requereu que o Supremo Tribunal Federal fixe tese que não permita a prisão imediata após condenação por crime doloso contra a vida. O instituto se valeu do parecer *pro bono*⁵⁷ iminentemente fundamentado do Prof. Geraldo Prado, o parecer traz relevante linha argumentativa. Pode-se assim resumir: **1)** os princípios da soberania dos veredictos e da presunção de inocência podem ou devem coexistir de forma harmônica à luz da Constituição da República? **2)** respeitar a presunção de inocência medida do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar as ADCs nº 43,44 e 54, viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos?

Essas foram as indagações do IDDD, ao célebre Professor. Em resposta, o professor foi além da discussão proposta pelo Min. Relator do RE 1235.340/SC, assentou: **1)** a estrutura subjetivamente complexa da sentença do júri, composta por elementos recorríveis em diferentes extensões e a concepção constitucional do júri como garantia do acusado, base da soberania dos veredictos, harmonizam-se com a presunção de inocência, assegurando ao condenado pelo tribunal do júri o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória. Isso, todavia, não é impedimento para eventual decretação da prisão preventiva desde que presentes os requisitos exigidos para a adoção da medida cautelar a ser examinada

⁵⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/soberania-juri-nao-autoriza-imediata1.pdf>, Acesso em 10/09/2020.

em cada situação concreta. 2) a presunção de inocência e a soberania dos veredictos, prevista como garantia do acusado submetido a julgamento no tribunal do júri, harmonizam-se. A presunção de inocência incide em coordenação com a garantia convencional do duplo grau de jurisdição em favor do acusado, que não excepciona o júri. Ao revés, interpretação excludente, que afaste a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, nas causas do júri, viola o princípio constitucional da igualdade. A soberania dos veredictos deve ser interpretada a partir da tradição da instituição do júri, em defesa do acusado em um regime de liberdades públicas.

3.3 Presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CF/88)

Eis o princípio que causa discussão no mundo jurídico desde há muito tempo. Dificilmente os mais atentos não buscaram entender um pouco mais do que se trata a presunção de inocência, embora já esteja bem delineado na Constituição Federal.

A análise do instituto será feita em três partes, a 1ª diz respeito a historicidade do princípio da presunção de inocência; a 2ª o entendimento da doutrina nacional quanto a sua delimitação conceitual e, por fim, 3ª qual é o entendimento jurisprudencial a partir do HC 126.292/SP.

Quanto a sua historicidade, a presunção de inocência remota a Roma Antiga, por influência do cristianismo surgiu o *in dubio pro reo*, prevalecendo a verdade do réu quando pairava dúvida sobre as provas. Basicamente, a presunção de inocência sintetiza a forma como o estado lida com seus transgressores. Isto é, se presume sua inocência ou sua culpa. Torna-se bem evidente quando se fala de sistema processuais penais, pois a presunção tem relação direta com o sistema acusatório. No sistema inquisitório, se prevalece a culpa.

No mais, como postulado histórico, deixou marcas profundas em sistemas que não aderiram ao princípio da inocência. Como foi o caso do sistema inquisitorial na idade média instaurado pela Igreja Católica. Naquele momento, apesar de já se ter conhecimento do princípio da inocência, esse não o era considerado para fins de aferição da culpa, os acusados deveriam se submeter ao juízo das Ordálias – também conhecido como “juízo de Deus” –; nesse sistema, os acusados passavam pela provação divina, que seria submeter seu corpo a tortura e obter o juízo de culpa ou inocência. Um dos exemplos mais citados é a provação pelo fogo, o acusado deveria dar nove passos com um ferro à brasa sobre as mãos. Suas mãos eram enfaixadas e após três dias se verificava o progresso da cicatrização. Caso estivesse cicatrizado, ele teria o juízo de culpa, em caso negativo, ele seria considerado culpado.

Passado o período inquisitorial, depara-se com o Estado Moderno marcado pelo racionalismo e Descartes (Iluminismo), que prometia suplantar a Idade das Trevas. Dentre os Iluministas, da época se encontrava Cesare Beccaria⁵⁸, para quem, um homem não podia ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe poderia retirar a proteção pública depois que se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo. Veja-se o que diz GIACOMOLLI,

“A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.8.1789, em seu art. 9º, rompendo com o *Ancien Régime* incorporou, expressamente, o estado de inocência, em atendimento às críticas dos pensadores da ilustração à estrutura inquisitorial do processo penal, a qual partia da presunção de culpabilidade do imputado, produzindo seus principais efeitos na prova e na prisão.”

FERRAJOLI⁵⁹, chama a atenção para o princípio da submissão a jurisdição. Segundo o qual, um indivíduo só poderia ser julgado a partir de um juiz, com capacidade para o ato de julgar. Além de, haver a necessidade de se ter um julgamento amparado pela prova lógica e racional. Daí nasce a presunção de inocência como um pressuposto à sentença. Era necessário, tratar o réu como inocente e não como culpado, pois,

“os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.”

Com isso, a presunção surge expressamente na declaração dos Direitos dos Homens de 1789, em seu artigo. 9º dispõe: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, caso seja considerado indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No entanto, aponta o autor que a presunção sofreu duros golpes no decorrer de sua aceitação pelos punitivistas, a começar pela Escola Positiva Italiana, encabeçada por Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, para quem a presunção de inocência nada mais era do que absurda e

⁵⁸ BECCARIA, Cesare., *Dos Delitos e das Penas*. Editora: Pillares. São Paulo. 2013. p.63.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pg. 441 e ss.

ilógica. Isto porque, Raffaele sustentava a necessidade da prisão preventiva obrigatória para todos crimes abstratamente graves, ao passo que, acreditava ser incoerente considerar o réu inocente, posto que, se fosse considerado inocente, não havia nem mesmo a possibilidade de ser acusado.

Mas, o golpe decisivo foi dado pelo importante penalista italiano da época, Vincenzo Manzini; Manzini foi um dos encabeçados do Código Rocco, ele não enxergava a presunção de inocência como um princípio inerente ao processo penal moderno, pelo contrário, acreditava ser um exagero de direitos advindo da revolução francesa. Por este motivo, o Código Rocco ignorou por completo a fórmula da presunção de inocência, assim como o sistema acusatório. E, por consequente, o Código de Processo Penal Brasileiro, copiando fidedignamente os preceitos da Escola Técnico-jurídico Italiano de Vincenzo Manzini e Alfredo Rocco, também não aderiu nem a fórmula da presunção de inocência e nem o sistema acusatório, em que se permite em vários momentos o juiz agir de ofício, ora agindo como estado-julgador, ora como estado-acusador, em busca de provas.

Após isso, a Declaração de Direitos do Homem de 1948, orquestrada após a II Guerra Mundial, dispôs em seu artigo 11, § 1º:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Em 1988, com o advento da Constituição Federal, tem-se a fixação no art. 5º, inciso XVII da presunção de inocência, com a seguinte redação: “ninguém será **considerado culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Com muita dificuldade de aceitação, o princípio foi sendo esvaziado, sua interpretação era dada de forma superficial e literal, como uma garantia de não-culpabilidade, e não de presunção de inocência.

Ocorre que, de acordo com ANTONIO MAGALHÕES⁶⁰, esse argumento caiu por terra, desde que o Congresso Nacional pelo decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos e o governo brasileiro depositou a Carta de Adesão, determinando seu cumprimento pelo Decreto 678, em 1992.

⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães., *O princípio da presunção de inocência na. Const.de 1988 e na Convenção Americana sobre Dir. Hum.* R.Ad. n.42. p. 30 a 34.

Na doutrina, conceitua-se a presunção de inocência com um princípio político, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.⁶¹ Também aparece, como regra de tratamento e regra probatória. Como regra de tratamento é manifestado pelo tratamento endoprocessual, isto é, dentro do processo, que se manifestaria através dos direitos processuais do réu, como o direito ao silêncio, contraditório, presunção de inocência e etc. GIACOMOLLI⁶² acrescenta,

“o estado de inocência incorpora um importante regra de tratamento a todos os suspeitos e acusados. Partindo-se da inocência e não da culpabilidade do réu, incumbe à acusação o encargo de afastar o estado de inocência e não à defesa demonstrá-lo, em todas as dimensões processuais: autoria, existência do delito, suficiência de provas (bastantes, de bastar) a dar suporte a um juízo condenatório, bem como as exigências de determinadas espécies de pena e sua dimensão. Contudo, isso não retira a chance de a defesa provar no processo (Goldschmidt), no intuito de preservar o estado de inocência. O magistrado ingressa no processo, observado este princípio-garantia, com uma pré-compreensão autêntica, acerca da inocência do imputado, um verdadeiro “pré-juízo constitucional” (Carvalho, 2011, p. 37). A maior referência ao estado de inocência, ao longo da história, revela a preocupação na manutenção do *status libertatis* como regra, situando a prisão, o recolhimento ao cárcere, como *extrema* ou *ultima ratio*, mesmo após a condenação. Nessa perspectiva, as prisões processuais ocupariam um patamar excepcionalíssimo, depois de afastadas as demais alternativas legais, adequadas e possíveis.”

Observe que, a presunção nasce com a preocupação dos direitos dos acusados frente a força punitiva do Estado. No entanto, ela também se manifesta extraprocessual, impedindo que há publicidade abusiva causadora de estigmatização perante a sociedade pelo procedimento, pelo fato de alguém estar sendo investigado, preso ou processado por determinado fato. Um bom exemplo é o que ocorreu no caso da Escola Base⁶³, a mídia de posse das informações, ainda em sede policial, com o auxílio das mães dos supostos violentados, noticiou uma versão sem elementos suficientes de provas, tendo posse apenas de um laudo pericial que constou possível violência em um dos menores. A versão dada pelas mães fora noticiada para todo o Brasil, fazendo com que milhares de pessoas propusessem o linchamento dos acusados, alguns, foram até a escola e realizaram atos de depredação dos imóveis. Nos jornais impressos o título da notícia era “Kombi era motel da escolinha do sexo”. Por essa razão, complementada pelo sentimento de veracidade dos fatos que a mídia passa, os acusados eram aos olhos da coletividade, culpados, antes mesmo do oferecimento da denúncia ao juízo. Simplesmente pela

⁶¹ BADARÓ, Gustavo., *Processo Penal*. 4ª edição. Editora: Revista dos Tribunais. 2016. p. 62.

⁶² GIACOMOLLI, José Nereu., *O Devido Processo Penal*, 3ª edição. Grupo GEN, 2016, pg. 113. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 14/09/2020.

⁶³ Os proprietários da Escola Base, no estado de São Paulo foram acusados de molestar e praticar orgias com crianças.

falta de presunção de inocência extraprocessual, foram tratados como se culpados fossem. Por fim, a escola não chegou se quer a ser levada a julgamento perante um juiz, com a troca de delegado, todas as acusações foram destituídas.

Porém, os estragos causados a imagem da escola e aos supostos envolvidos eram irreparáveis. Posteriormente, receberam indenizações milionárias, mas não foi o suficiente para reconstituírem suas vidas, os traumas gerados pela exposição midiática de um fato inconclusivo e sem comprovação, sem ao menos terem a chance de contraditório, originaram doenças psíquicas aos acusados, situação que pecúnia não repara.⁶⁴

Contudo, vale a ressalva de que, a presunção de inocência não exclui a possibilidade de se decretar prisões processuais no curso do processo, caso houver interesse e necessidade processual (ex. art. 312 do CPP e Lei 7.960/89). Como é sabido, no processo penal há dois tipos de prisões: 1) a prisão processual e 2) a prisão-pena. A prisão processual pode ocorrer a qualquer momento, durante as investigações ou instrução processual (prisão temporária e prisão preventiva). Em outro ponto, a prisão-pena só pode ser decretada após o trânsito em julgado, sendo seu marco final a imutabilidade das decisões.

A presunção como princípio positivado no direito brasileiro, só aparece com a constituição de 1988, ainda com a terminologia “não culpado”, mostrando grande apego com a Escola técnico-jurídica italiana. Assim, como já dito acima, surge discussões em torno da terminologia a se adotar: presunção de inocência ou não culpabilidade? para fins desse trabalho, adota-se ambas como sinônimo, pois até então, acredita-se não ser necessário distingui-las, mas sim complementá-las, ampliando seu sentido. São satisfatórias as colocações de GIACOMOLLI⁶⁵,

“As fórmulas “presunção de inocência” (formulação positiva) e “presunção de não culpabilidade” (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do status libertatis, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência. Também não há um estado de “semi-inocente”. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano.”

⁶⁴ Para saber mais sobre o caso: ÁVILA, Gustavo Noronha de., GAUER, Gabriel José Chittó., *Presunção de inocência, mídia, velocidade e memória: Breve reflexão transdisciplinar*. Revista de Estudos Criminais. 2007.

⁶⁵ GIACOMOLLI, José Nereu., *O Devido Processo Penal*, 3ª edição. Grupo GEN, 2016, pg. 113. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 14/09/2020.

E quanto a jurisprudência, iniciando pela alteração jurisprudencial do Supremo em 2016, tem-se o julgamento do HC 126.292/SP. No dia 5.10.2016, o HC discutia a possibilidade de execução provisória da pena após condenação em 2º grau, o STF mudando o entendimento da corte desde 2009, resolve possibilitar a prisão em 2º instância. A decisão permaneceu por 3 anos, 1 mês e 1 dia, pois, no dia 7.11.2019, no julgamento das ADC's 44, 43 e 54, o STF volta reafirmar seu antigo entendimento, impossibilitando a prisão provisória da pena antes do trânsito em julgado.

O entendimento nas ADC's 44, 43 e 54, foi de que o art. 283 do Código de Processo Penal é constitucional. Segundo o art. 283 do CPP “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.”

A tese contrária era de que, o art. 283 não impedia a execução da pena logo exauridas as instâncias ordinárias. A modificação do art. 283 não é fruto da edição original do Código Penal de 1940. O artigo foi reeditado em 2011 se ajustando a vontade da constituição, com a modificação de entendimento em 2016, um grupo de juristas se reuniram e propuseram as ADC's que voltaram ao debate.

Durante o julgamento das ADC's, ficou visível a situação em que Cláudio Pereira Neto (tópico 1.3) descreve como elementos da ruptura com o Estado Democrático de Direito. A constituição não era o objeto em discussão, o que tomou conta foram os argumentos que privilegiavam o populismo judicial, terrorismo e as *fake news*. Porém, por maioria apertada, o STF não retrocedeu e restabeleceu a presunção de inocência.

Não contente com o resultado do julgamento, rapidamente, o deputado federal Alex Manente apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 199/19, lembra-se também do Projeto de Lei nº 166/2018 que trata do mesmo assunto, atualmente se encontra arquivado no senado aguardando julgamento da PEC 199/19 que tem o mesmo objetivo. A PEC visa modificar o marco da presunção de inocência e retirar a possibilidade de estender os efeitos da presunção até os Recursos Extraordinário e Especial. Essas ações, passam a ter como pressuposto o trânsito em julgado para sua propositura e tornam-se ações originárias dos Tribunais competentes para julgá-las, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários. Embora a nomenclatura passe a ser Revisão Extraordinária e Revisão Especial, não se teve outras modificações significativas, os cabimentos de impetração são os mesmos do RE e Resp (art. 102, incisos I, II, III e IV, e art. 105, incisos I, II e III da CR, respectivamente).

Segundo a pretensa proposta⁶⁶, a justificativa na seara processual penal, diz respeito

“ao incentivo à protelação, pela possibilidade de permanecer o réu solto enquanto recorre, o sistema recursal ainda apresenta incentivo pernicioso às tentativas de indução de prescrição. Isto é, por vezes, apesar de ter tramitação relativamente rápida nas instâncias ordinárias, o trâmite no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal – por tratarem-se de cortes com limitadíssimo número de ministros – tendem a julgar os casos com menor celeridade, razão pela qual em inúmeras hipóteses eventuais condenações sequer chegam a ser executadas, vez que afetadas pela prescrição da pretensão executória. Isto é: condenado o réu, reconhecida a materialidade e autoria do crime, ainda assim este não mais é obrigado a cumprir pena. Trata-se de incentivo pernicioso: impede a punição do condenado; inunda o judiciário com, no mais das vezes, recursos meramente protelatórios; e impede que o Direito Penal se torne verdadeiro instrumento de prevenção geral, de desestímulo à prática criminosa. **Pouco surpreendente é a consideração de que, dentre os problemas mais citados da Justiça brasileira, a morosidade está entre os campeões**”. “Grifo Nosso”

As razões para alteração legislativa pendem para elevar a agilidade do Poder judiciário e diminuir a interposição de recursos protelatórios (RE e Resp são entendidos como recursos protelatórios) sem enfrentar a questão como deve ser levada ao debate, e ignorando dados da realidade.

Em que pese, a linha argumentativa ir no sentido do eficientismo penal, não abordam questões práticas, como dito acima; o Prof. THOMAS BUSTAMANTE⁶⁷ faz uma interessante análise da gestão do sistema de justiça brasileiro em comparação a outros países. Posto que, ao falar de morosidade processual, não se pode esquecer que o sistema judiciário conta com um quadro deficitário de magistrados e, conseqüentemente, uma das razões da morosidade é justamente a falta de fomentação de concursos públicos para auxiliares da justiça e membros, tratando-se de tribunais, uma solução viável seria o aumento do números de juízes nos tribunais.

Um dos países comparados pelo Deputado Alex durante a justificativa da proposta de emenda, é de que o Tribunal Constitucional alemão julga menos casos do que o STF, e a carta constitucional alemã é equiparada a Constituição Federal Brasileira, no que tange aos direitos e garantias fundamentais. Porém, o deputado não analisou os sistemas de controle de constitucionalidade adotado pelo País em comparação.

No Estado da Alemanha⁶⁸, a jurisdição Constitucional é desenvolvida unicamente pelo controle concentrado, enquanto no Brasil o sistema é híbrido (concentrado e difuso), lá o

⁶⁶ Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285&filename=PEC+199/2019, acesso em 16/10/2020. p. 8.

⁶⁷ Disponível em: https://www.academia.edu/44327825/A_Triste_Hist%C3%B3ria_do_Juiz_que_Acreditava_Ser_H%C3%A9rcules, acesso em 17/10/2020, p.37.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira., *Jurisdição Constitucional*. 6ª Ed. Editora: Saraiva. São Paulo. 2014.

tribunal não atua como ramificação das instâncias ordinárias. Outro aspecto é que há tribunais federais específicos de cada matéria, então se tem Tribunal Federal Administrativo, Tribunal Federal Penal, Tribunal Federal Trabalhista, entre outros. A situação alemã não tem semelhança com a forma da jurisdição constitucional brasileira neste ponto. Principalmente a se falar de números. Enquanto lá, a composição de Ministros da Corte Constitucional é de 16 juízes, aqui são apenas 11. Enquanto há 24 juízes para 100.000 mil habitantes, no Brasil há 8 juízes para o mesmo número de habitantes. No fim de sua fala ele conclui que desde a criação do Tribunal Alemão (1951), apenas 224.221 mil procedimentos foram a julgamento. Se comparar esse total, aos casos já julgados pelo STF o número, por óbvio, será totalmente desproporcional, pois há os procedimentos do controle difuso a somar.

Logo, a PEC 199/19 é mais uma das afrontas propostas contra a vontade da Lei Fundamental, caracterizando-se pelo que os constitucionalistas denominam de “constitucionalismo abusivo”⁶⁹, utilizando-se de mecanismos constitucionais para fazerem alterações não necessárias, indo contra o próprio texto constitucional.

Por fim, como dito anteriormente a proposta visa possibilitar a execução antecipada da pena tendo as instâncias ordinárias exauridas. Isso, por si só não tem reflexo direto no júri, pois o júri é órgão de 1ª instância, ainda que em sede de apelação, a proposta de emenda não autorizaria a prisão após a prolação da sentença pelos jurados. Acredita-se que, nessa perspectiva e em uma interpretação processual extensiva, após o 2º julgamento pelo tribunal popular, poderia se executar, caso não houvesse matéria de direito a ser discutida, pois haveria a impossibilidade de novo júri pelo mesmo fundamento (art. 593, III, §3º). Então a via de recurso, após o julgamento pelo 1º júri se torna ainda mais estreita e, faltando razões para interposição de apelação com base na alínea *a*), *b*) e *c*) do art. 593, inciso III, a sentença se tornaria coisa julgada material (podendo ser rediscutida apenas em caso de revisão criminal), isso também se o MP não recorrer da decisão.

Por todas as razões expostas acima, conclui-se que a presunção de inocência é um princípio Constitucional, se manifestando no processo como norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo⁷⁰, podendo se manifestar de várias formas no transcorrer no processo. O que importa a esse trabalho é a presunção de inocência como norma de tratamento (da investigação até o trânsito em julgado). A garantia de ser tratado como inocente durante a

⁶⁹ Termo fixado por David Landau, em seu texto “*Abusive Constitutionalism*”, cf. em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf, acesso em 10/10/2020.

⁷⁰ Para aprofundamento do assunto: MORAES, Maurício Zanoide de., *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

instrução processual penal garante que os efeitos de uma eventual decisão condenatória somente podem ser executados após o seu trânsito em julgado. Dentre os efeitos principais da condenação está a privação da liberdade. Portanto, deve ser respeitado o axioma nº 7 de Luigi Ferrajoli, segundo o qual *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), devendo a liberdade ser respeitada até que se tenha processo formado/imutável contra si.

3.4 Duplo grau de jurisdição – Direito a revisão criminal – (artigo 5º, LV da CF-88 e artigo 8.2.h da CADH)

O duplo grau de jurisdição ou direito ao duplo pronunciamento tem respaldo jurídico expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e na Constituição Federal de 1988 de forma implícita.

Para a análise do instituto será feita uma abordagem legislativa, conceitual e jurisprudencial.

Na legislação, encontra-se respaldo na Convenção Americana de Direitos Humanos, ao tratar dos direitos e garantias processuais, veja o que diz o art. 8.2.h: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

Recorda-se que, a Convenção Americana de Direitos humanos adentrou no sistema jurídico brasileiro como norma supralegal, isto é, acima da legislação infraconstitucional, e abaixo da Constituição Federal. Pode-se verificar tal entendimento no julgamento Recurso Extraordinário nº 349.7031/RS⁷¹ pelo STF, momento no qual consolidou o entendimento de que os tratados internacionais sobre direitos humanos que são anteriores ao rito do art. 5º §3 (introduzidos pela Emenda Constitucional nº45), da CF obtém status supralegal. Dessa forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos se sobrepõe ao Código de Processo Penal.

Posto isso, a Constituição Federal em seu art. 5º, §2º traz a cláusula de abertura a outros documentos que prevê direitos e garantias fundamentais, dizendo expressamente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Dessa forma, não há que se falar da inexistência ou falta de previsão jurídica no ordenamento brasileiro do princípio do duplo grau de jurisdição.

⁷¹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>, acesso em 26/11/2020.

Não só, alguns processualistas acreditam que o direito de recorrer tem previsão nos artigos 102, II e III; 105, II e III; 108, II, 121, §§ 3º e 4º; 125, § 1º, da Constituição, ao declarar a competência dos tribunais superiores. Além de que, o duplo grau se configuraria um desdobramento do poder de demandar na busca pela tutela jurisdicional efetiva⁷².

Na doutrina, o duplo grau se justifica a partir de 3 razões: a) controle de qualidade; b) confiabilidade; c) maior experiência dos juízes e os benefícios da decisão colegiada.

De acordo com a doutrina de ROGÉRIO SCHIETTI⁷³, o duplo grau de jurisdição funciona como um “instrumento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional”, ou ainda, como “garantia de uma melhor justiça para os indivíduos”. O devido processo penal legal, deve se atentar sempre a quem irá suportar o ônus de determinada decisão judicial, por isso, nada mais certo do que conceder mecanismo satisfatório para eventual “erro”, que ensejará, reforma ou anulação do ato decisório público. Ou seja, não basta que o poder público puna, deve-se punir com qualidade de justiça buscando o máximo de acerto possível.

A confiabilidade se manifesta através da oportunidade de se ter a sentença proferida em 1º grau reformada por juiz hierarquicamente superior. Dessa forma, ao saber que sua decisão poderá ser reformada, o juiz supostamente age com mais presteza, evitando que a sentença seja reformada por desleixo.

Na mesma linha da confiabilidade, a maior experiência dos juízes (geralmente mais anos na carreira) e ao se ter um julgamento por vários juízes (nas instâncias superiores o mínimo é três juízes, excepcionando decisões em liminares por decisão monocrática), a sensação é de maior presteza, seja pelo vasto conhecimento técnico que detém os desembargadores, ou por várias visões sobre o caso, o que, acarreta mais certeza ao julgado.

Quanto a conceituação do duplo grau, quem melhor explica é o Prof. GIACOMOLLI⁷⁴, seguindo a linha interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Observe:

O direito ao duplo pronunciamento vincula-se à possibilidade de revisão do juízo acerca da matéria fática e a jurídica a ela afeta e não somente da jurídica, sob pena de limitação desse direito, embora a pretensão reformatória possa ser somente da qualificação jurídica dada aos fatos. O duplo grau, na realidade, confere direito a um duplo pronunciamento, a uma revisão do primeiro *decisum*, pois, ademais daunicidade da jurisdição, o próprio juízo de primeiro grau poderá reformar a sua decisão, antes da manifestação do órgão *ad quem* (recurso em sentido estrito e no agravo em execução, v. g.).

⁷² GIACOMOLLI, José Nereu, op., cit., p. 336.

⁷³ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 1. ed. São Paulo. Editora: Atlas, 2002. p. 39-40.

⁷⁴ GIACOMOLLI, José Nereu, op., cit., p. 340.

RENATO BRASILEIRO⁷⁵ também comunga da mesma ideia, segundo ele: “o duplo grau de jurisdição deve ser entendido como a possibilidade de um reexame integral (matéria de fato e de direito) da decisão do *juízo a quo*, a ser confiado a órgão jurisdicional diverso do que a proferiu e, em regra, de hierarquia superior na ordem judiciária.”

Para uma conceituação ideal, vale lembrar o julgamento⁷⁶ da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Mohamed vs Argentina, momento no qual se pronunciou a respeito de como se manifestaria o duplo grau de jurisdição disposto no art. 8.2.h da CADH.

O caso se deu em virtude de atropelamento culposo na cidade de Bueno Aires e, descambando em processo judicial por homicídio culposo. Aos fatos, no dia 16/03/1992, Oscar Alberto Mohamed conduzia um ônibus na cidade de Buenos Aires, ao passar em determinado cruzamento acabou causando o atropelamento de uma senhora, que morreu minutos depois. Então, foi acusado de Homicídio Culposo. Em 30/08/1994, foi julgado em 1ª instância, em virtude de insuficiência probatória, foi absolvido. O MP, recorreu da decisão, em sede de apelação o réu foi considerado culpado. Ocorre que, não há recurso ordinário (que devolve toda a matéria ao tribunal) após condenação em 2º grau, decorrente de sentença absolutória. Assim, por não haver previsão na legislação argentina – como não há no Brasil, aqui apenas tem o recurso especial e extraordinário (com admissibilidade específica) – deixou de ter a oportunidade de recorrer.⁷⁷

A CIDH em 2012 decidiu, que, o Estado da Argentina violou direitos e garantias fundamentais por negar a possibilidade de recurso da decisão condenatória (omissão legislativa) ao Sr. Mohamed. Fazendo as seguintes colocações:

114. La Corte hace notar que los hechos de este caso implican una relación necesaria entre el derecho de recurrir del fallo condenatorio que asistía al señor Mohamed y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar tal derecho. **El Tribunal ha establecido que Argentina tenía el deber de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (supra párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia.** Al respecto, el Tribunal determinó que los recursos a que tuvo acceso el señor Mohamed según la normativa vigente en aquel momento en Argentina, esto es el recurso extraordinario federal y el de queja, no garantizaron ese derecho (supra párrs. 102 a 112).

115. En cuanto a los argumentos de Argentina sobre la evolución jurisprudencial y legal en materia de garantizar el derecho a recurrir del fallo, la Corte no se pronunciará al respecto en esta Sentencia puesto que se trata de medidas supuestamente adoptadas con posterioridad a los hechos del presente caso y se

⁷⁵ BRASILEIRO, Renato., *Manual de Processo Penal*. 6º ed. rev. ampl. e atualizada. Editora: JusPodivm. 2018. p. 1648.

⁷⁶ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf, Acesso em 11/10/2020.

⁷⁷ RAMOS, André Carvalho., *Curso de Direitos Humanos*. 7º ed. Editora: Saraiva. 2020. p. 460.

refieren a normas jurídicas que regulan el recurso de casación que no fueron aplicadas en el proceso penal contra el señor Mohamed. 116. Por consiguiente, la Corte concluye que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención. 117. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed. “Grifo Nosso”

A partir desse julgado, surgiu a conceituação de que: o direito ao duplo pronunciamento se manifesta a partir da sentença condenatória. Como no caso em apreço, a decisão absolutória impediu que o réu tivesse a oportunidade de apelação para revisão integral da matéria.

Portanto, ao aderir a Convenção Americana de Direitos humanos, o Brasil, sob a perspectiva de convencionalidade deve promulgar pelo respeito ao entendimento da CIDH, e garantir a todos os réus a oportunidade de revisão sentencial a partir do 1º pronunciamento condenatório em combinação com o princípio da presunção de inocência, o réu não pode ter contra si execução penal antecipada, com fundamento em um julgado, ao menos um 2º pronunciamento a respeito do mesmo fato o Estado deve lhe garantir. A presunção se manifesta através da possibilidade de reforma favorável da decisão, como não há juízo definitivo o réu é considerado inocente, porque assim nasce e permanece até houver contra si título legal e definitivo de culpa (art. 5º, inciso LVII da CF e art. 8.2 da CADH).

Ao fim e ao cabo, no caso do Tribunal do Júri, há uma série de fatores que contribuem para que a sentença prolatada possa ser reformada. Porém, o art. 593 limita de forma clara, elencando as hipóteses de cabimento de apelação contra a sentença no tribunal do júri, podendo ser interposta quando: I) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; II) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; III) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; IV) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

O problema está no inciso IV, pois, é a única forma de revisão que tem manifesta a soberana vontade dos jurados. A partir do primeiro julgamento condenatório, alguns sustentam ser compatível a execução provisória da pena, mesmo com recurso pendente, a nova redação do art. 492, §4º autoriza tal ação, mas condiciona as penas acima de 15 anos. Embora, vale registrar, o art. traz os § 3º e 5º, concedendo ampla liberdade ao magistrado para que, caso entender, haver questão substancial que o leve a revisão da decisão prolatada, ou ainda, verificar não conter indícios de ser recurso meramente protelatório e conter elementos significativos que

possam diminuir o quantum da pena inferior a 15 anos, poderá assim determinar o efeito suspensivo do recurso de apelação. Com quais critérios? Ainda não se tem notícia.

Uma das discussões mais pertinentes referente a prisão provisória e recurso, foi a redação dada pelo art. 594 (revogado pela minirreforma de 2011) do CPP. O art. 594 determinava como pressuposto recursal o recolhimento do réu a prisão, “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.” Além de, o entendimento ser pacífico no Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 9º: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. No entanto, o STF em 2007, deu entendimento diverso ao do STJ, dispondo que haveria afronta a garantia do duplo grau de jurisdição o condicionamento ao recolhimento à prisão para apelação. Podendo apenas, recolher o réu à prisão sem ferir o duplo grau, no caso de fundamentadas razões para decretação de prisão preventiva (art. 312 e 313 do CPP).⁷⁸

Por isso, ao se levantar a tese de possibilidade da execução já no primeiro pronunciamento com o argumento de prevalência da soberania dos vereditos não contempla razões. As conclusões foram no sentido de: 1) a soberania dos vereditos poderá ser reformada por outros juízes igualmente soberanos; 2) a finalidade do recurso é possibilitar que o réu descontente com sua sentença, tenha a reforma em respeito ao duplo pronunciamento (8.2.h da CADH), 3) ao se executar a prisão-pena de modo antecipado, há violação ao estado de inocência do acusado, assim como, o torna sem sentido o duplo pronunciamento se há tratamento como se culpado fosse.

⁷⁸ BRASILEIRO, Renato., *Manual de Processo Penal*. 6º ed. rev. ampl. e atualizada. Editora: JusPodivm. 2018. p. 1650.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A priori, a presente monografia visou discutir a possibilidade ou não da execução antecipada da pena dentro do Rito do Tribunal do Júri – procedimento especial –, partindo da hipótese da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da ideia, como já descrito na introdução deste trabalho, sem mais delongas, passa-se a exposição final da problemática e para as considerações finais.

Inicialmente, a fim de recapitulação, a controvérsia, em um tom macro se dá na execução antecipada da pena e supressão da presunção da inocência dentro do procedimento comum, discussão essa iminentemente levantadas em 2016, sofrendo grande influência eleitoral em 2018.

No Júri, a execução antecipada se tornou uma verdade positivada. Digo positivada, pois antes do advento da lei 13.964/19 (Pacote “Anticrime”), já havia discussão posta no HC 118.770/SP, perante a 1º turma do STF, neste primeiro estágio, a 1º turma entendeu pela possibilidade da execução dentro do Júri. A partir daí, inúmeras execuções de maneira antecipada foram realizadas, até o julgamento das ADC’s 43, 44 e 54 – as quais, em 2018 concluiu-se pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. Após isso, chegou-se o Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, com repercussão geral reconhecida, novamente levantando a tese outrora firmada pela 1º turma.

Diante da pesquisa desenvolvida, entende-se pela inconstitucionalidade da execução antecipada dentro do rito especial do Tribunal do Júri. Isto, afirma-se, devido ao referencial teórico adotado na presente monografia, qual seja, processo penal constitucional. Sob essa direção mostrou-se incompatível com a Constituição Federal de 1988 se executar a prisão-pena sem o trânsito em julgado, tanto pela clara disposição do art. 5, inciso LVII, quanto pelo sistema geral de garantias mínimas no âmbito do devido processo legal.

Na mesma linha, observou-se ainda, na codificação infraconstitucional, um absoluto descompasso do art. 283 com a nova redação dada no art. 492, I, “e” do Código de Processo Penal. Veja-se, o que preconiza o art. 283: “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.” Para complementar, ressalta-se que, dentro das possibilidades previstas, dentro do júri, é igualmente

cabível medidas cautelares se houver os requisitos obrigatórios – *fumus commisi delicti e periculum libertatis*.

Todavia, com a redação do art. 495, inciso I, alínea “e”, segundo o qual: Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação: 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; há uma visível “anomalia legislativa”, observe que, de forma geral, o art. 283 determina que a prisão-pena apenas poderá ser decretada após decisão transitada em julgada, se não for caso de prisão preventiva ou prisão em flagrante. Na contramão, o art. 492, inciso I, alínea “e” diz ser possível, desde que a pena culminada da sentença seja superior a 15 anos. Ou seja, trata-se uma exceção do art. 283? Ou há fatores extras que buscam responder ao menos teoricamente a questão?

Respondendo a indagação propositiva, pode-se verificar no brevíssimo tópico 1.3 deste trabalho, que, a resposta possível para tamanha ingerência estatal nos direitos e garantias processuais penais, no particular, guarda intrínseca relação com o período autoritário em que se passa o Brasil pós 2018, conforme bem observado por Lilian Scwarcz em seu Livro, “o autoritarismo Brasileiro”⁷⁹, a naturalização da supressão de direitos e garantias, a mercantilização dos direitos, a inconsistência constitucional derivada dos fatores interpretativos, os quais, cedem largos espaços para interpretações coniventes, e, obviamente, na seara criminal, a panpenalização das condutas, uma ampliação do controle social pelos corpos indesejáveis, como aponta Rubens Casara, em seu livro Estado Pós-Democrático⁸⁰.

Como observa-se, a discussão está longe de se esgotar, o Recurso Extraordinário nº 1.235.340/SC, teve seu início por meio virtual, tendo o relator assentado a seguinte tese: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. Neste ponto, a análise realizada no instituto da soberania dos vereditos, em que pese, ser breve, conclui-se que a soberania dos vereditos é um direito dos réus, jamais podendo ser invocada contra os mesmos, além de que, a soberania dos vereditos não é entendida como um direito *plus*, que valha a extinção da presunção de inocência e duplo pronunciamento a fim de uma punição rápida, como um tapa buraco do sistema de justiça criminal.

⁷⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁸⁰ CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

Para concluir, acredita-se que o presente trabalho tenha cumprido com o seu objetivo de responder a indagação inicial, e com isso, abrir novos horizontes para um novo meio interpretativo da codificação legislativa referente a execução penal no Tribunal do Júri, através da Lei 13.964/2019.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo – diálogos entre discricionariedade e democracia*. Editora: Revista de Processo. São Paulo, v.242, 2015.
- ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347), Acesso em 14/05/2020.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. Editora: Malheiros. São Paulo, 2019.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* 2ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2008.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BECHARA, Ana Luísa Liberatore Silva. *Discursos de Emergência e Política Criminal: o futuro do direito penal brasileiro*, p. 422. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 103, jan./dez., 2008, São Paulo.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARNELUTTI, Francesco., *As Misérias do Processo Penal*, Editora: Servanda, 2012.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora: Civilização Brasileira. 2019.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios gerais do processo penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo. Editora: Martins Fontes, 2001.
- Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>, acesso em 28 de outubro de 2020.
- DOTTI, René Ariel. *O caso dos Irmãos Naves*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 184-197, out./dez.. 1994.
- FERNANDES, Lara Teles, Por que execução imediata das condenações do júri é inconstitucional, Revista Conjur, 5 de março de 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-mar-05/execucao-imediate-condenacoes-juri-inconstitucional>, acesso em 5/03/2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães., *O princípio da presunção de inocência na. Const.de 1988 e na Convenção Americana sobre Dir. Hum.* R.Ad. n.42.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=8480474>, acesso em 10/06/2020.

IBCCRIM atuará como amicus curiae em ação sobre prisão imediata após decisão do Tribunal do Júri, disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/1> , acesso em 20/07/2020.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUNIOR, Aury Lopes. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

JUNIOR, Aury Lopes; ROSA, Alexandre de Moraes da.; Prisão obrigatória no Júri é mais uma vez inconstitucional, Revista Conjur, 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/limite-penal-prisao-obrigatoria-juri-vez-inconstitucional> , acesso em 01/02/2020.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução Provisória da Pena no Júri: fundamentos políticos e jurídicos* - Belo Horizonte. Editora: D'Plácido, 2019.

LIMA, Danilo Pereira., *Legalidade e Autoritarismo: O papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964*. Salvador. Editora: JusPodivm. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo., *Curso de direito constitucional*. 14. Ed. rev. e atual. São Paulo. Editora: Saraiva. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira., *Jurisdição Constitucional*. 6ª Ed. Editora: Saraiva. São Paulo. 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de., *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes, Da inconstitucional execução antecipada da prisão no Júri, *Revista Conjur*, 1 de maio de 2020.

Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/inconstitucional-execucao-antecipada-prisao-juri>, acesso em 01/05/2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª. ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de., *Democracia em Crise no Brasil: valores constitucionais, antagonismo política e dinâmica institucional*. São Paulo. Editora: Contracorrente e Eduerj. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4º ed. ver. e mod. Livraria do Advogado. 2001

The World Prison Brief: Disponível: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All, acesso em 28 de outubro de 2020.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2004.

WARAT, Luis Alberto, *Saber Crítico e Senso Comum dos Juristas*, *Periodicos da UFSC*. Disponível: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>, acesso em 10/06/2020.